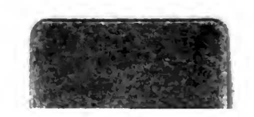
# Des rapports de l'église et de l'état dans la législation du mariage ...

Jules Basdevant



# THÈSE

POUR

# LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.**

0

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

# DES RAPPORTS

DE

# L'ÉGLISE ET DE L'ÉTAT

DANS LA

# LÉGISLATION DU MARIAGE

## DU CONCILE DE TRENTE AU CODE CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

*Sera présenté et soutenu le Jeudi 7 Juin 1900, à 1 heure*

PAR

**JULES BASDEVANT**

Lauréat de la Faculté de Droit
(Quatre prix, deux mentions)
et du Concours général
(1er Prix 1897)
Avocat à la Cour d'appel

*Président* : M. LEFEBVRE, *professeur*.

*Suffragants* { MM. ESMEIN, *professeur*.
CHÉNON, *professeur*.

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS

ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE et FORCEL

22, *rue Soufflot*, 22

L. LAROSE, Directeur de la Librairie

1900

# INTRODUCTION.

Le mariage qui fonde les familles et crée entre les individus des devoirs moraux et des obligations juridiques, intéresse à la fois l'Eglise et l'Etat. Comme les religions s'occupent de la morale privée, elles ne pouvaient rester indifférentes au mariage. Aussi ont-elles été amenées à poser sur celui-ci des règles plus ou moins nombreuses, plus ou moins précises (1). A raison de sa conception du mariage et des conjonctures historiques, la religion catholique a posé une législation matrimoniale complète. Le considérant comme un sacrement, elle a prétendu et prétend encore avoir seule le droit de le régler, l'Etat devant intervenir pour assurer l'exécution des décisions ecclésiastiques.

Mais si le mariage tient à la morale privée, il intéresse aussi le bon ordre et la prospérité des sociétés. S'il doit multiplier le nombre des fidèles, il doit aussi donner naissance à des citoyens. Aussi l'Etat a-t-il prétendu le régler.

Les attributions des deux puissances ont varié suivant les temps. Au XVI[e] siècle, il s'était fait un partage dont le

1. Fisichella. *Chiesa e Stato nel matrimonio*, p. 9 et s.

principe était très net. L'Eglise catholique était compétente pour ce qui regardait le lien de mariage ; l'Etat connaissait des effets civils. Auparavant, l'Eglise avait eu une certaine compétence sur les effets civils ; mais elle en avait été dépossédée. Sur le terrain du mariage considéré quant au lien, sa position était beaucoup plus forte, car le sacrement paraissait directement intéressé. Aussi fut-il très difficile à l'Etat de se substituer à elle. De nos jours encore, dans les pays où l'Eglise a sur le mariage un pouvoir reconnu par l'Etat, les effets civils sont réservés à la puissance séculière.

L'état de droit du xvi[e] siècle n'est donc pas une simple phase du développement historique qui a amené l'établissement des pouvoirs de l'autorité séculière en matière de mariage ; il répond à une certaine conception du mariage et des rapports des deux puissances. Comme principe et sauf des restrictions de plus en plus nombreuses, — que souvent d'ailleurs on présentait comme des interprétations de la distinction admise — il est resté en vigueur jusqu'à la fin de l'ancien régime. Il diffère de l'état de droit antérieur par les idées invoquées en faveur des prétentions de l'Etat. Auparavant on invoquait que les effets civils étant relatifs aux biens n'intéressaient pas l'Eglise. Celle-ci devait seulement s'occuper de leur cause et des rapports entre époux. Nos légistes étaient aussi guidés par le droit romain. Sans doute les principes coutumiers ont formé la base du droit des gens mariés et du droit successoral d'une grande partie de la France. Mais l'influence du droit romain s'y est fait aussi sentir d'une façon qui n'a pas toujours été très heureuse. Dans la législation romaine, la dot et les succes-

sions étaient soumises aux lois séculières : nos légistes firent adopter le même principe.

A partir du XVI^e siècle, l'Etat tendra à constituer son autorité sur le mariage lui-même. Le droit romain ne sera pas la cause de ce changement. Il aura tout au plus une influence indirecte et lointaine. Les légistes songeaient à constituer le pouvoir royal sur le modèle de l'empire romain, c'est-à-dire comme une autorité unique. Ils invoquaient aussi que les empereurs chrétiens avaient légiféré sur le mariage. Mais il y avait d'autres raisons qui, en l'absence de ces exemples, auraient suffi à déterminer l'action du pouvoir royal.

Ces raisons furent d'abord dégagées par la Réforme. Luther et Calvin avaient nié que le mariage fût un sacrement : ils voulaient en conséquence le soumettre uniquement à la puissance séculière (1). Mais ces principes qui ne furent pas rigoureusement suivis dans les pays protestants n'eurent pas en France une influence directe sur la législation du mariage. La Réforme eut cependant sur celle-ci une influence indirecte qui n'est pas négligeable. Les rois de France eurent à s'occuper du mariage de leurs sujets protestants : ils le réglèrent d'une façon plus ou moins complète suivant les cas. Vers la fin de l'ancien régime, l'édit de 1787, visant tous les non catholiques mais fait surtout en pensant aux protestants, créa pour eux une forme civile de célébration du mariage en même temps qu'il établissait la compétence des juges royaux.

Le pouvoir séculier ne resta pas indifférent au mariage

1. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. II, p. 122-126.



des catholiques : à partir du xvi^e siècle, il posa à leur égard des règles nombreuses. La cause de cette intervention était dans l'insuffisance de certaines règles du droit canonique, provenant en partie de la non réception du Concile de Trente. Les règles de celui-ci sur les mariages clandestins n'étant pas applicables en France, le pouvoir séculier dut y suppléer et arriva même à établir à cet égard une réglementation plus complète que celle du Concile. Nos rois étaient en désaccord avec le droit canonique sur la question du mariage des mineurs ; ils punirent ceux qui contractaient mariage sans le consentement de leurs parents : la jurisprudence alla jusqu'à la nullité. L'autorité séculière priva aussi d'effets civils certains mariages qu'elle réprouvait. En même temps les juges royaux tendirent à augmenter de plus en plus leur compétence en matière matrimoniale : de cette façon l'exécution des lois civiles fut mieux assurée.

Cette intervention se produit à partir du xvi^e siècle parce qu'alors l'Etat s'est fortifié et qu'il a pris conscience de ses devoirs et de ses droits. Il a compris que le mariage était la base du bon ordre et de la prospérité de la société dont il avait la garde. Il ne peut donc s'en désintéresser. Il laissera encore pendant longtemps s'appliquer les règles canoniques et l'Eglise exercer ses anciennes attributions. Mais il étendra sur tout sa surveillance. Si les anciennes lois sont insuffisantes, le roi les complètera : si les jugements des officiaux sont mal rendus, ils seront cassés par les Parlements.

Il fallait une nouvelle conception juridique du mariage à l'appui de ces prétentions. Nos anciens auteurs empruntè-

rent pour cela à certains théologiens la distinction du contrat et du sacrement de mariage. D'après eux, le mariage, à raison de sa qualité de contrat, devait être soumis à l'autorité séculière. Ils invoquaient deux motifs à l'appui de cette idée. D'abord, disaient-ils, ce qui fait le mariage, c'est l'échange des consentements, or c'est là un contrat. Cet échange des consentements, comme tout autre contrat, doit être soumis à la puissance séculière. Celle-ci doit en régler les conditions et prononcer sur sa validité. Cette façon de raisonner était évidemment défectueuse. Tout accord entre individus n'est pas un contrat. Tout acte de volonté n'est pas soumis, par cela seul qu'il est un acte de volonté, à la puissance séculière. L'engagement dans les ordres sacrés, par exemple, suppose un acte de volonté dont les conditions ne doivent être ni déterminées ni appréciées par l'autorité civile.

On faisait intervenir aussi une autre idée. On disait que le mariage est contrat civil parce qu'il intervient entre citoyens et qu'il produit des effets civils. On arrivait ainsi à trouver deux choses dans le mariage : le sacrement, d'abord, qui produisait certains effets dans la personne des deux époux : ensuite le contrat civil qui était la base des effets pécuniaires que produisait le mariage et qui était soumis à la puissance temporelle. Cette conception pouvait trouver un certain appui dans la doctrine des mariages privés d'effets civils. A l'origine, quand un mariage était déclaré non valablement contracté par un Parlement, on disait que cela ne touchait que le contrat et les effets civils, la validité du sacrement restant intacte (1). On faisait remar-

1. Richelieu, *Mémoires* l. 26, dans la *Collection Petitot*, t. 28, p. 74.

quer qu'il en était autrement quand un official avait prononcé la nullité de mariage. Cette distinction subtile finit par disparaître et nous verrons qu'il fut admis qu'un mariage déclaré non valablement contracté par un Parlement n'avait pas d'existence quant au lien.

L'idée que le mariage doit être soumis à la puissance séculière parce qu'il a des effets civils n'entraînait pas nécescessairement celle de contrat. Mais elle laissait place à une objection. On pouvait dire qu'il suffisait à l'Etat de régler les effets civils et que cette compétence ne lui était pas contestée : la cause étant un sacrement devait être uniquement soumise à l'Eglise. Ce fut pour échapper à cette objection qu'on invoqua l'idée de contrat. En réalité, l'idée qui pousse nos civilistes c'est que le mariage intéresse trop la société pour n'être pas réglé par l'Etat. Mais comme ils tiennent compte de sa qualité de sacrement, il leur faut employer un moyen détourné pour établir la compétence de l'autorité temporelle. Ils invoquent pour cela l'idée de contrat.

Les législateurs de la période révolutionnaire virent aussi que le mariage intéressait au plus haut point la société. Ils invoquèrent aussi l'idée du mariage contrat civil qu'ils avaient reçue comme un legs du passé. Continuant la tradition antérieure, ils achevèrent l'œuvre de nos juristes et de nos Parlements en retirant toute vertu dans le for extérieur à l'idée du mariage sacrement. C'était cette idée qui souvent dans notre ancien droit avait arrêté les revendications la puissance temporelle. Mais ce qui avait été une gêne pour nos anciens auteurs leur avait en même temps été une sauvegarde. La notion du sacrement leur avait fait conserver l'idée que le mariage n'est pas, comme les autres con-

ventions, soumis à la libre volonté des individus. Les législateurs de la Révolution avaient rejeté hors de la législation civile l'idée du mariage sacrement ; il ne trouvèrent plus dans la tradition que celle du mariage contrat. Ils l'appliquèrent rigoureusement et ils en tirèrent logiquement le divorce par consentement mutuel.

C'est dans cette mesure seulement qu'il est vrai de dire que le divorce largement admis est la conséquence de la sécularisation du mariage. S'il en fut ainsi en 1792, c'est que le législateur se faisait alors une idée inexacte du mariage. Il avait tort d'y voir un simple contrat et il ne se conformait pas exactement à la tradition en n'y voyant que cela. Quand les anciens auteurs parlaient du mariage contrat civil, ils avaient seulement en vue d'établir les droits de la puissance séculière sur lui. Mais le mariage est autre chose qu'un simple accord des volontés. Il modifie l'état des époux et crée une famille nouvelle. C'est une *institution* dans laquelle tout est impératif. Nos anciens auteurs faisaient découler ces idées de la notion de sacrement. En écartant cette notion, le législateur de 1792 s'est trouvé en face d'une conception incomplète du mariage, qui ne répondait plus au développement historique antérieur. En tant qu'il a consacré l'autorité de l'Etat sur le mariage, il s'est conformé à la tradition ; en tant qu'il a porté atteinte à l'indissolubilité, il s'en est écarté.

Le code civil, tout en conservant la compétence de l'autorité séculière sur le mariage et en faisant abstraction du point de vue religieux, est revenu plus exactement à la tradition en écartant les conséquences tirées de l'idée de

contrat. Il a vu dans le mariage une institution et non une simple convention (1).

Les lois de la Révolution et le code civil ont, en principe, laissé pleine liberté aux croyances individuelles quant au mariage considéré au point de vue religieux. L'Eglise catholique y a gagné son indépendance. Dans notre ancien droit, au contraire, le mariage étant soumis à la fois aux deux puissances, chacune d'elles devait respecter les lois de l'autre. Or de plus en plus l'Etat tendait à faire prévaloir son autorité sur celle de l'Eglise. Ce n'était d'ailleurs pas spécial au mariage. L'Eglise était alors étroitement unie à l'Etat qui, par ses Parlements, veillait à l'exacte observation des lois religieuses. De plus le roi avait le droit, en cas d'insuffisance de celles-ci, de régler la discipline de l'Eglise gallicane. L'indépendance du pouvoir temporel à l'égard du pouvoir spirituel formait bien un des articles des

1. Certains auteurs disent cependant que le mariage est un contrat. Ils veulent montrer par là qu'il est soumis à la loi civile et formé par le consentement des parties. Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, 2ᵉ édit. t. I, nº 204. Baudry Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 6ᵉ édit., nº 314. Cette expression est inexacte et l'exemple de la loi de 1792 montre qu'elle est dangereuse. Plusieurs auteurs prennent d'ailleurs le soin d'ajouter que le législateur a fait sortir le mariage de la classe des contrats ordinaires. M. Boistel, *Cours de philosophie du droit*, t. II, p. 73-76, qui insiste sur l'idée que le mariage est un contrat parce qu'il se forme par le consentement des époux, dit, par ailleurs, qu'il crée un état, qu'il est une « société souveraine entre un homme et une femme ». En conséquence de cette dernière idée, il tient pour l'indissolubilité. M. Lefebvre écarte l'idée de contrat. Il dit : « Quoiqu'il s'agisse bien dans le mariage d'une association volontaire, (puisqu'on doit avant tout se marier librement), son statut nous apparaît presque entièrement déterminé par la loi comme *statut impératif et d'ordre public* ». *Leçons d'introduction à l'histoire du droit matrimonial français*, p. 36.

Libertés de l'Eglise gallicane ; mais la réciproque n'était pas admise. C'est ce droit du roi qui fait la grande difficulté de l'étude des rapports de l'Eglise et de l'Etat dans l'ancien régime. Il est parfois très malaisé de discerner s'il agit comme souverain temporel ou comme réglant la discipline de l'Eglise gallicane. Aussi doit-on apporter la plus grande prudence dans les inductions tirées du droit ancien au droit moderne. Au point de vue du mariage, nous verrons que le caractère de règles de discipline ecclésiastique prédomine d'abord dans les actes royaux ; puis peu à peu se dégage et se précise le caractère d'actes de la puissance séculière.

C'est ainsi que s'est affermi le pouvoir de l'Etat en matière de mariage, en sorte que la Révolution n'a eu qu'à tirer les conséquences des principes posés à cet égard. La législation moderne contenue dans le code civil s'est ainsi constituée sur ces deux principes de notre droit public moderne ; celui de l'indépendance de l'Etat et celui de la liberté de conscience.

Ce développement du droit qui s'est produit avec des caractères plus ou moins accentués dans les autres pays est particulièrement intéressant à étudier en France. C'est d'abord parce que la France est restée catholique après la Réforme. Or l'Eglise catholique était depuis longtemps en possession de régler le mariage ; elle formula même comme dogme sa compétence à ce sujet. De plus, c'était une *puissance* avec une organisation hiérarchique très forte. A ces deux points de vue elle différait des églises protestantes. Une loi portant atteinte aux droits de l'Eglise catholique n'aurait pas seulement violé les consciences individuelles ;

elle aurait suscité entre puissances un conflit qu'il valait mieux éviter. L'Etat ne se trouvait pas ici en présence seulement des individus ; il était en face d'une société représentée par un souverain, le pape.

Cependant tous les habitants de la France n'étaient pas catholiques. Le roi posa certaines règles à l'égard du mariage de ses sujets protestants. C'est à cet égard que l'autorité séculière poussa le plus loin l'exercice de ses droits.

Un autre intérêt de cette étude est tiré de ce que la France est un monarchie unifiée dans laquelle, au xvi^e^ siècle déjà, le pouvoir royal est très fort et tend de plus en plus à accroître ses attributions et son action. C'est le pays du gallicanisme, c'est-à-dire de la soumission de l'Eglise à l'Etat. En matière de mariage on limite l'indépendance de l'autorité ecclésiastique et on diminue peu à peu ses attributions.

C'est aussi la France qui a fait la Révolution. Celle-ci s'est conformée à la tradition en donnant au mariage une législation purement séculière. En même temps elle a posé le principe de la liberté de conscience dont résulte l'indépendance des Eglises au point de vue religieux. Ce sont les bases de la législation française moderne et aussi celles de beaucoup de législations contemporaines.

A raison du changement réalisé par la Révolution, notre étude sera divisée en deux parties. Dans la première nous exposerons le développement des attributions de l'autorité temporelle en matière de mariage depuis le Concile de Trente jusqu'à la fin de notre ancien droit. Pour cela, nous indiquerons d'abord quelles doctrines furent présentées pendant cette période ; nous verrons ensuite quelles applications en furent faites dans les institutions. Nous devrons

aussi indiquer comment s'accrut la compétence des juges royaux sur le mariage. Nous ne pouvons passer ce point sous silence car la jurisprudence eut dans le développement du droit une influence prépondérante. C'est qu'en effet, quand une même institution juridique se trouve soumise à deux autorités, celle-là l'emportera qui pourra imposer ses lois aux juges. Toutefois comme notre objet principal est le point de vue de la législation, nous devrons restreindre nos développements relatifs à la juridiction, celle-ci ne pouvant recevoir toutes les explications qu'elle comporte que dans une étude spéciale.

Dans notre seconde partie,nous montrerons comment les lois de la Révolution et le Code civil ont été amenés à séculariser le mariage. Nous verrons que leurs solutions n'ayant pas été admises par l'Eglise catholique, il en résulte un double mariage. Nous rechercherons enfin si la réglementation du mariage posée par le Code civil est en harmonie avec les principes dont il s'inspire.

Si maintenant nous voulons qualifier d'un mot les systèmes que nous allons étudier, nous dirons que l'ancien droit a cherché à organiser l'union de l'Eglise et de l'Etat en matière de mariage. Au contraire, les lois de la Révolution et le Code civil ont réalisé la séparation.

# PREMIÈRE PARTIE

## Du Concile de Trente à la Révolution.

### CHAPITRE PREMIER

#### LA CONCEPTION DU MARIAGE DANS NOS ANCIENS AUTEURS.

La détermination de la nature du mariage domine notre matière. Si le mariage est avant tout et principalement un acte religieux, un sacrement, il sera réglé par l'autorité religieuse. S'il est considéré comme acte civil, il tombera sous le pouvoir du prince temporel. Nos anciens auteurs ont eu à préciser la nature du mariage. En envisageant cette question, ils se sont surtout placés au point de vue des conditions requises pour contracter mariage ; en d'autres termes, il se sont demandé qui, de l'Eglise ou du prince, avait le droit d'établir des empêchements dirimants de mariage. Cette façon de procéder se conçoit très bien. Si nos anciens auteurs ne considéraient pas toutes les faces de la question, si, notamment, ils ne parlaient pas d'une possibilité de célébration civile du mariage, du moins ils se plaçaient au point de vue le plus important. En effet, si

la célébration civile du mariage, est la forme extérieure et apparente de la sécularisation, l'établissement ou la suppression par le pouvoir civil d'empêchements dirimants en est le fond. L'Etat peut charger le prêtre de la célébration du mariage, en lui imposant de sa propre autorité certaines règles : en cela déjà, il fait acte de législation en matière de mariage et dès lors il faut se demander si ce pouvoir lui appartient.

Si nos anciens auteurs ne pensent pas à une célébration civile du mariage, c'est qu'ils sont pénétrés de l'idée que le mariage est un sacrement, que l'Eglise doit intervenir dans sa formation. Certains d'entre eux iront fort loin dans la revendication des droits de l'Etat, cependant ils tiendront toujours compte de l'idée du mariage sacrement. Nos anciens auteurs ne présentent pas ici un pur système de droit civil : la doctrine de chacun d'eux repose sur une certaine conception théologique du mariage. Aussi se préoccupent-ils des décisions du Concile de Trente qui prononcent anathème contre qui prétendra que l'Eglise n'a pas le droit d'établir des empêchements dirimants de mariage, que les causes matrimoniales ne sont pas de la compétence des juges ecclésiastiques(1). Pour écarter ces dispositions, Denys Talon, un des principaux défenseurs du pouvoir exclusif de l'Etat sur le mariage, disait au Parlement le 16 février 1677 (2) : « C'est en vain que l'on oppose les décrets du

1. Sess. XXIV, can. 3, 4 et 12.

2. V. Discours de MM. Talon et de Lamoignon, sur le pouvoir qu'ont les souverains d'apposer des empêchements dirimants au mariage, du 16 février 1677, cités par Le Ridant, *Traité sur le mariage* p. 80-92. Ces discours furent prononcés à propos d'une thèse soutenue en Sor-

Concile de Trente. Ce Concile n'est point reçu dans le royaume... Encore que ce Concile ait lancé des anathèmes contre ceux qui doutent de la validité du mariage des enfants de famille contracté contre la volonté de leurs pères, et qu'il ait prononcé la même peine à l'égard de ceux qui soutiennent que l'Eglise ne peut pas apporter empêchements aux mariages, toutes ces choses ne peuvent être des matière de foi. » On cherche à écarter les décisions du Concile en disant qu'elles n'ont pas le caractère dogmatique malgré leur forme. Si les auteurs avaient reconnu ce caractère dogmatique, ils en auraient déduit que l'Eglise a seule le pouvoir législatif et judiciaire en matière de mariage. Mais, dans notre ancien droit, les plus zélés défenseurs du pouvoir civil n'arrivent pas à considérer le mariage en faisant abstraction du point de vue religieux. Les auteurs cherchent à organiser l'union de l'Eglise et de l'Etat en notre matière, sauf à accorder la plus belle part à l'Eglise ou à l'Etat suivant leurs préférences. Mais les civilistes les plus avancés eux-mêmes ne pensent pas à la séparation. Et cependant ils l'ont préparée, car ils ont donné à l'Etat conscience de ses droits.

Nos anciens auteurs peuvent être rangés en trois groupes. Les uns pensent que le mariage est un sacrement qui produit des effets civils et qui, quant au lien, est de la compétence exclusive de l'Eglise. Pour d'autres, le mariage est à la fois un contrat civil et un sacrement, le premier formant la matière du second. A raison de ce caractère mixte,

bonne par Jacques L'Huillier, le 18 juillet 1675, dans laquelle étaient affirmés les droits de l'Eglise.

on reconnait à l'Eglise et à l'Etat le pouvoir d'établir des empèchements dirimants. Enfin les auteurs du troisième groupe diront que le mariage est un contrat civil soumis uniquement à la puissance séculière, les droits de celle-ci ne pouvant être altérés par le sacrement qui vient s'ajouter au contrat.

Ces trois doctrines se sont développées dans l'ordre que nous venons d'indiquer. Mais aucune d'elles n'arriva à dominer exclusivement. La première était généralement reçue au xvi[e] siècle ; la seconde devint plus tard la doctrine courante, surtout sous l'influence de Gerbais ; la troisième enfin représentait un sentiment trés répandu vers la fin du xviii[e] siècle.

## I

La première doctrine est celle du Concile de Trente et des ultramontains. Au xvi[e] siècle, on admettait que l'Eglise avait dans ses attributions la législation et la juridiction en matière de mariage. Il lui appartenait de déterminer les empêchements, d'accorder des dispenses. de connaître de la validité des mariages et de prononcer les séparations de corps. Elle avait antérieurement étendu son pouvoir sur les effets civils du mariage. Mais au xvi[e] siecle, cette prétention était écartée et la compétence de l'autorité séculière reconnue sur ce point. Un partage était alors fait entre les deux puissances, en matière de mariage. L'Eglise avait pouvoir quant au lien, *quoad fœdus*, l'Etat quant aux effets civils.

Cette compétence de l'Eglise, on l'établissait par plusieurs raisons. D'abord, disait-on, le mariage ayant été élevé à la dignité de sacrement par Jésus-Christ, l'Eglise doit avoir compétence exclusive sur lui comme sur tous les autres sacrements. Et toutefois, les partisans du pouvoir de l'Eglise se divisaient quant à la façon de présenter l'argument.

Les uns se rattachaient à une distinction déjà admise avant le Concile de Trente entre le contrat et le sacrement de mariage, le premier étant considéré comme la matière du second. Cette distinction paraît avoir été d'abord formulée pour des cas dans lesquels la validité d'un mariage étant reconnue, on hésitait cependant à admettre l'existence du sacrement : il en était ainsi du mariage par procureur ou du mariage d'un sourd-muet (1). Lors du Concile de Trente, on fut amené à généraliser cette distinction. On voulait alors frapper de nullité les mariages clandestins qui jusque là avaient été valables. Mais c'était toucher à un sacrement. Le Concile avait-il le droit de requérir une nouvelle condition pour un sacrement ? Beaucoup de Pères écartèrent l'objection en disant que, sans doute, on ne pouvait toucher directement au sacrement, mais qu'il était possible d'exiger de nouvelles conditions pour la validité du contrat qui, dans tout mariage entre chrétiens, sert de matière au sacrement (2).

1. Voy. Esmein. *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 78 et s., t. II, p. 159 et s. — Covillard. *Le mariage considéré comme contrat civil dans l'histoire du droit français*, p. 17, 18.

2. Fra Paolo Sarpi, *Histoire du Concile de Trente, trad. De la Mothe Josseval*, l. VII, p. 645. — Didacus de Payva (Theiner, *Acte genuina*, t. II, p. 239) : « Christus nihil aliud fecit in matrimonio nisi quod sacra-

Cette distinction du contrat et du sacrement dans le mariage devait être féconde : elle servira de base aux doctrines qui, dans la suite, défendront les droits du prince séculier. Instrument puissant entre les mains des légistes, cette distinction n'a pas été créée par eux. Elle était connue dès avant le Concile de Trente : or, à cette époque, les légistes, ainsi que nous le verrons dans la suite, ne contestaient point à l'Eglise son pouvoir exclusif en matière de mariage.

Cette nature mixte du mariage n'empêchait point qu'aux yeux des Pères du Concile il ne dût être réglé que par l'Eglise. Sans doute, disaient-ils, les contrats sont du ressort de la puissance séculière ; mais cela n'est vrai que des contrats ordinaires : le mariage n'est pas un contrat comme les autres : il a un caractère sacré, c'est un contrat ecclésiastique quand il intervient entre chrétiens (1). C'est donc l'Eglise

mentum illud fecit, contractum autem ejus non immutavit. Igitur ubi non est contractus, non est sacramentum. Si igitur ecclesia irritat contractum, irritat sacramentum. » — Civitatensis (Theiner, t. II p. 328) : « Præterea in matrimonio est contractus et sacramentum ; et contractus ordine naturæ præcedit sacramentum, et sic possit irritari ab Ecclesia quia forma sacramenti præsupponit contractum legitimum. » — Namurcensis (Theiner, t. II, p. 328) : « Nec est simile de baptismo et de matrimonio ; nam baptismus est tantum sacramentum ; sed matrimonium non solum est sacramentum, sed etiam contractus, et ex hoc est in potestate Ecclesiæ ». Cpr. Leriensis (Theiner, t. II p. 323).

1. Leriensis (Theiner, *Acta genuina*, t. II, p. 323) : « Contractus ex natura sua est ut subjaceat potestati reipublicæ ; ergo contractus matrimonii subjaceat potestati reipublicæ, quia ejus est ordinare omnes partes suas in bonum publicum. Nam hujusmodi contractus quamvis acquisierit in republica rationem sacramenti, tamen non perdidit rationem contractus ; tantum est hæc differentia, quod extra rempublicam christianam est sæcularis contractus ; in ecclesia autem christiana ratione sacramenti est ecclesiasticus contractus. » — Iprensis (Theiner, t. II, p. 328) : « ... contractus matrimonialis non est pure humanus, sed divinus, cum sit a deo institutus. »

qui doit en fixer les conditions et en prononcer la validité ou la nullité. D'autres Pères présentaient leur pensée d'une façon un peu différente. L'Eglise, pensaient-ils, est supérieure à l'Etat : celui-ci a le pouvoir de régler le contrat : *a fortiori* ce droit appartient à l'Eglise (1). Ces Pères, pour prouver le droit de l'Eglise, invoquaient donc le droit de l'Etat.

Mais, sur ce dernier point, une précision plus grande aurait été désirable. Les Pères estimaient-ils que le prince pouvait établir des empêchements dirimants ? Son droit ne disparaissait-il pas devant celui de l'Eglise ? Celle-ci avait-elle un droit propre ou n'agissait-elle que comme déléguée du pouvoir séculier ? Les procès-verbaux du Concile de Trente ne donnent pas de réponse précise à ces questions. Les Pères ne se les posaient peut-être pas. Les décisions du Concile proclamant et appliquant les droits de l'Eglise paraissent cependant contredire le droit des princes. Quant à l'idée que le droit de l'Eglise lui aurait été délégué par les princes, elle n'apparaît pas à cette époque. Il semble que la pensée des Pères soit la suivante : les princes païens pouvaient légiférer sur le mariage ; aujourd'hui, l'Eglise a ce droit et les princes chrétiens ne peuvent en user. L'Eglise

1. Didacus de Payva (Theiner, *Acta genuina*, t. II, p. 239) : « Et sicut leges civiles habent potestatem prohibendi matrimonia clandestina ob bonum politicum : multo magis ecclesia potest ea prohibere ob bonum spirituale. » — Legionensis (Theiner, t. II, p. 326) : « Probavit quod irritatio clandestinorum matrimoniorum potest fieri ex ratione potestatis reipublicæ quam pertinet determinare quod expediens sit etiam contra voluntates particulares ; a fortiori id potest Ecclesia in qua adest potestas supernaturalis. » — Oppidensis (Theiner, t. II, p. 364) : « ... et quod respublica potest annullare, et dare formam contractibus : ergo a fortiori potest ecclesia. »

est alors en possession de régler le mariage ; les princes catholiques ne présentent pas de réclamations à ce sujet. On ne précise les droits de l'Eglise que dans la mesure où ils sont contestés par les protestants et en tant que cela est nécessaire pour arriver à invalider les mariages clandestins. On n'en cherche pas le fondement et on ne détermine pas directement les droits des princes.

Quand les civilistes viendront dans la suite défendre les droits du roi, c'est en se fondant sur la théorie du mariage contrat et sacrement qu'ils attaqueront les prétentions de l'Eglise. Déjà au Concile de Trente, on avait aperçu que reconnaître la compétence de l'Etat était la conséquence possible d'une telle distinction (1). Pour y échapper, certains défenseurs du pouvoir de l'Eglise vont dire que Jésus-Christ a élevé le mariage lui-même à la dignité de sacrement. Le mariage, c'est le symbole de l'union de Jésus-Christ avec son Eglise, comme l'a dit S[t] Paul. Le contrat et le sacrement sont indissolublement liés (2). Il n'y a de mariage entre chrétiens que s'il y a sacrement. A raison de cette nouvelle nature du mariage, l'Eglise seule a le pou-

1. Fra Paolo Sarpi, *Histoire du concile de Trente*, l. VII, p. 646, nous rapporte qu'Antoine Solisio, critiquant cette distinction présentée comme moyen de rendre possible l'annulation des mariages clandestins, déclara que d'après elle « quiconque pourrait annuler un contrat nuptial civil pourrait aussi empêcher le mariage ; mais que comme la cassation de semblables contrats appartient au magistrat séculier, il fallait bien prendre garde, qu'en voulant donner à l'Eglise le pouvoir d'annuler les mariages clandestins, l'on ne le donnât à la puissance séculière. »

2. Parmensis (Theiner, *Acta genuina*, t. II, p. 329) : « Nec potest intelligere contractum matrimonialem sine sacramento. » — Clusinus (Theiner, t. II, p. 360) : « Quod ratio contractus et matrimonii sunt ita conjuncta sicut calor et ignis ».

voir de le régler. Ici la doctrine est bien nette ; on ne peut se demander si l'Eglise use ainsi d'un droit délégué par les princes. Il est bien certain que c'est un droit propre qu'elle tient de son fondateur. La déclaration de ce qui est nécessaire à la validité du mariage, comme de tout sacrement, rentre dans l'interprétation du droit divin et appartient donc exclusivement à l'Eglise (1).

Cette doctrine de l'indivisibilité du contrat et du sacrement de mariage présentait le mérite de la simplicité. Elle permettait de défendre le pouvoir de l'Eglise en écartant les objections tirées de l'idée de contrat. C'est elle qui a triomphé dans l'Eglise. Elle a été consacrée dans la 66e proposition du Syllabus de Pie IX et dans l'Encyclique de Léon XIII du 10 février 1880, sur le mariage civil et le divorce.

Quant au Concile de Trente, il est assez difficile de savoir s'il a voulu admettre la distinction du contrat et du sacrement de mariage. Aucune de ses dispositions ne tranche expressément la question. Il déclare que le mariage est un sacrement, mais sans en préciser la nature. On peut seulement remarquer que, quant aux mariages clandestins, le chapitre I du décret *De reformatione matrimonii*, de la session XXIV ne suit pas la distinction proposée et ne déclare pas frapper le contrat de nullité. Il frappe d'incapacité

1. V. dans le *Code matrimonial*, t. II, p. 912-914, le résumé de l'opinion de M. Habert d'après un traité composé par lui à propos du mariage du duc d'Orléans et intitulé : *Du pouvoir de l'Eglise et des princes sur le mariage de leurs sujets*. Ce traité est resté manuscrit. — Cpr. sur l'idée que le mariage est une chose sacrée et que la puissance séculière n'y peut avoir aucune autorité, Fra Paolo Sarpi, *Histoire du Concile de Trente*, l. VIII, p. 721.

personnelle ceux qui voudraient contracter de tels mariages. Il semble bien par là que le Concile n'ait pas voulu se prononcer en faveur de la distinction du contrat et du sacrement. Aucune disposition d'ailleurs ne la contredisait, et la discussion restait possible sur ce point.

Au reste, ce qui importait surtout au Concile de Trente, c'était de savoir si une autorité humaine pouvait poser de nouvelles conditions de mariage et spécialement annuler les mariages clandestins. L'affirmative étant admise, on ne doutait pas que l'Eglise fût l'autorité compétente. Les précédents, en effet, étaient en sa faveur. C'était elle qui depuis longtemps présidait à la formation de la plupart des mariages entre chrétiens : elle accordait des dispenses, jugeait les causes matrimoniales. Elle avait autrefois établi des empêchements au mariage. Le Concile de Trente se conforma à la tradition.

Il devint une nouvelle autorité pour les défenseurs du pouvoir exclusif de l'Eglise sur le mariage. Dans la session XXIV, il posa sous la sanction de l'anathème les dogmes suivants: Le mariage est un sacrement (can. I) ; l'Eglise a le droit d'établir des empêchements dirimants (can. III et IV) ; les causes matrimoniales sont de la compétence du juge d'Eglise (can. XII). Les décrets *de reformatione matrimonii* déclaraient nuls les mariages clandestins et refusaient d'exiger sous la même sanction le consentement des parents au mariage des enfants de famille (chap. I) ; ils restreignaient l'empêchement de parenté spirituelle (chap. II), l'empêchement d'honnêteté publique résultant des fiançailles (chap. III), l'empêchement venant de l'*affinitas ex fornicatione* (chap. IV). Ils posaient des règles sur les dispenses

(chap. V), sur le mariage du ravisseur avec la fille ravie (chap. VI), sur le mariage des vagabonds (chap. VII), sur les concubinaires (chap. VIII), sur les abus d'autorité tendant à faire contracter des mariages (chap. IX), sur l'empêchement du *tempus feriarum* (chap. X).

Les droits de l'Eglise si nettement formulés et mis en application par des règles si nombreuses n'allaient-ils pas amener une protestation des princes séculiers ? Ceux-ci n'allaient-ils pas dire que l'Eglise avait par là usurpé leurs attributions ? Il n'en fut rien. Les princes protestants n'avaient cure de critiquer les décisions de la session XXIV. Ils rejetaient en bloc l'autorité d'un Concile qui les condamnait et n'avaient donc pas à entrer dans le détail de ses dispositions pour en examiner le bien fondé. D'ailleurs les princes protestants montrèrent une grande hésitation à légiférer sur le mariage comme ils y étaient invités par les chefs de la Réforme. Dans leurs Etats, le mariage resta un acte religieux, réglé par le droit canon. Les autorités ecclésiastiques jugeaient de sa validité. En Allemagne, les consistoires prirent, à cet égard, la place des officialités. Ainsi se forma un droit matrimonial évangélique à côté du droit matrimonial catholique, tous les deux ayant un caractère religieux.

Parmi les princes catholiques, le roi de France refusa de recevoir le Concile et d'autres ne voulurent l'admettre qu'avec des réserves. Mais, qu'on le remarque bien, ce ne fut pas à raison des règles posées sur le mariage, ainsi que nous le verrons. Cela nous montre que la doctrine du pouvoir exclusif de l'Eglise sur le mariage était très généralement admise dans les pays catholiques au

milieu du XVIe siècle. C'est ce que nous allons établir par quelques faits.

Le roi de France contestait si peu le pouvoir législatif de l'Eglise en matière de mariage, qu'il demandait au Concile de préciser les empêchements au mariage fondés sur la parenté ou l'alliance et d'interdire qu'on en donnât dispense, si ce n'est aux rois et aux princes pour le bien public (1). De plus, le 24 juillet 1563, les ambassadeurs du roi de France demandèrent au Concile de frapper de nullité les mariages clandestins et ceux que des enfants de famille contracteraient sans le consentement de leurs parents (2).

Henri II avait bien auparavant rendu son édit de 1556 par lequel il prononçait des peines civiles contre les enfants de famille qui se mariaient sans le consentement de leurs parents. Mais cet édit était une reconnaissance implicite du pouvoir exclusif de l'Eglise sur le mariage. En effet le roi n'avait pas cru pouvoir exiger, de sa propre autorité, le consentement des parents sous la sanction de la nullité. Et c'était bien l'opinion commune dans le royaume. Pasquier, dans une de ses lettres, déclare que la mesure prise est insuffisante ; il aurait voulu qu'on prononçât la nullité de ces mariages. Mais, comme il considère que ce serait là toucher à une matière ecclésiastique, il dit que pour une telle décision il faudrait obtenir le consentement de l'Eglise gallicane (3).

1. Pallavicino. *Istoria del Concilio di Trento*, l. XIX, chap. XI, n° 4, t. III, p. 315, 316.

2. Pallavicino, *op. cit.*, l. XXII, chap I, n° 16, t. III, p. 599. — Theiner, *Acta genuina*, t. II, p. 316.

3. *Lettres d'Etienne Pasquier*, l. III, lett. I, *Œuvres*, t. II, p. 49, 50. «... Quant à cest Edict, chacun s'en esjouit comme beau et digne d'un

Le Concile de Trente ne fut pas reçu en France parce qu'il portait atteinte aux droits du roi et aux libertés de l'Eglise gallicane. Il ne faudrait pas croire, sur l'autorité de Pothier, que ce fut à raison des règles posées sur le mariage. Le droit de législation et de juridiction de l'Eglise en cette matière était si bien reconnu que, dans les critiques dirigées au XVI[e] siècle contre les décrets du Concile par les princes ou les écrivains catholiques, on ne trouve rien qui conteste ce droit.

Les ambassadeurs du roi de France avaient quitté le Concile et s'étaient retirés à Venise à la fin de juillet 1563. Du Ferrier fit de l'opposition à ce que les décrets des deux dernières sessions du Concile, tenues en leur absence, fussent reçus. Or c'était dans l'avant-dernière session qu'on avait posé les règles sur le mariage. Néanmoins il ne semble pas que Du Ferrier se soit fondé sur ce que ces règles contenaient la consécration du droit de l'Eglise en matière de mariage pour rejeter leur autorité (1).

Roy. Moy seul, comme un autre Timon et Misanthrope, le pleure, gémis et lamente, non que je ne sois bien aise de l'authorité que l'on donne aux Pères dessus leurs enfans, mais parce que je suis marry que l'on ne leur en octroye davantage, et que tout ainsi qu'Alexandre le grand étant arrivé en l'Asie, ne s'amusa de desnouer les entre-las du nœud Gordien, comme les autres Princes qui y avaient passé devant luy ; ains pour en venir plutost à chef, le coupa tout à fait ; aussi que l'on eust franchy le pas, et que par une ordonnance faicte du commun consentement de l'Eglise gallicane, on eust declaré tous mariages des enfans, nuls, esquels il n'y aurait que les simples paroles de présent, sans l'authorité et consentement des pères et mères. En cest endroit j'ay pitié de notre France, qui ne fut jamais lasse de réduire les choses Ecclésiastiques, en une bonne et louable discipline, et qu'en ce faict-cy elle n'ait osé y mettre la dernière main ».

1. Pallavicino, *op. cit.*, l. XXIV, chap. X, n° 1, t. III, p. 848. Sur le

Des critiques très vives contre le Concile furent faites en février 1564 par Dumoulin dans son *Conseil sur le fait du Concile de Trente* (1). Il commence par relever dans la convocation et la tenue du Concile plusieurs faits qui constituent à ses yeux autant de causes de nullité. Passant à l'examen des solutions données, il montre que plusieurs sont contraires aux droits du roi et aux libertés de l'Eglise gallicane. Or, que dit-il touchant le mariage ? Le seul canon qu'il critique est le canon VII qui frappe d'anathème ceux qui disent que le divorce est possible en cas d'adultère d'un des époux. Quant au décret *De reformatione matrimonii*, il fait deux critiques. La première, c'est que la nullité des mariages des enfants de famille contractés contre le gré des parents n'est pas prononcée. La deuxième est relative à l'exigence à peine de nullité de la présence du curé au mariage : cette règle est, d'après lui, contraire aux édits de pacification qui approuvent les mariages contractés dans les églises réformées. Ce sont là toutes les critiques de Dumoulin sur le point qui nous occupe. Il ne dit rien contre les dispositions qui affirment la compétence législative et judiciaire de l'Eglise sur le mariage. Il ne nie pas son droit d'annuler les mariages clandestins, de resteindre les effets de la parenté spirituelle. Ce qu'il conteste, c'est la validité du Concile, le bien fondé des règles qu'il pose mais non la compétence de l'Eglise.

refus par la royauté française de recevoir le Concile de Trente et les demandes de réception faites par le clergé, voy. Desjardins, *Le pouvoir civil au Concile de Trente*, p. 100 et s.

1. Voy. cet opuscule dans Dumoulin. *Œuvres complètes*, t. V. p. 349-364, spécialement les nos 45, 46, 47.

Guy Coquille, autre défenseur des droits du roi et des libertés de l'Eglise gallicane ne pensait pas autrement quant au mariage (1). D'après lui, l'Eglise de France peut, avec l'autorisation du roi, se réunir en concile national et régler sa discipline. Or Coquille demande la réunion d'un concile national. Celui-ci, entre autres choses, devra légiférer sur le mariage. Il devra « fixer le droit du patriarche ou Primat de France d'accorder des dispenses de mariage, sans qu'il soit besoin d'aller à Rome ». Il déterminera à quel âge on peut contracter mariage. Il sera encore dans le rôle du concile de déclarer que les enfants de famille ne pourront contracter mariage sans le consentement de leurs parents ; toutefois il sera expédient de réserver « en leur vigueur les lois civiles qui ordonnent les peines de mort et autres semblables contre ceux qui pourchassent et font tels mariages ». Les mariages clandestins devront aussi être déclarés nuls (2). Pour Coquille, la législation du mariage rentre dans la discipline ecclésiastique et doit être réglée par l'Eglise.

Lorsqu'en 1593 on agita la question de la réception du Concile de Trente, Le Maître présenta aux Etats de la Ligue une liste de décrets jugés contraires aux droits du roi et aux libertés de l'Eglise gallicane. Il relève le chapitre I^er du décret *De reformatione matrimonii* qui attribue aux évêques

1. L'opinion de Coquille est exposée dans un ouvrage intitulé : *Autre traité des libertés de l'Eglise de France et des droits et autorité de la couronne... Œuvres*, t. I, p. 109-172. Cet ouvrage a été retrouvé en 1656. La date exacte n'en est pas indiquée. De Thou en parle dans son histoire (année 1603). C'est l'ouvrage le plus important de Coquille sur la condition de l'Eglise de France.

2. Coquille. *Autre traité des libertés de l'Eglise de France... Œuvres*, t. I, p. 160, 170, 172.

« la punition de ceux qui contractent des mariages clandestins et des témoins qui y ont assisté ; ce qui est réservé aux juges royaux en France, les évêques n'ayant le pouvoir que de juger de la validité ou invalidité des mariages ». Il indique encore le chapitre VIII du même décret qui « donne aux évêques la connaissance des concubinages et adultères. Ce qui a été réservé en France aux juges royaux (1). » Pour le reste, il reconnaît implicitement le droit de législation et de juridiction de l'Eglise.

Il résulte bien de tout cela que la doctrine du pouvoir de l'Eglise était dominante dans la seconde moitié du XVIe siècle. Mais, dira-t-on, si les légistes ne contestaient pas ce pouvoir en théorie, le roi de France ne l'a-t-il pas nié en faisant l'ordonnance de 1579 ? Que cet acte royal ait été le point de départ de tout un développement historique qui allait se manifester par l'accroissement continu des pouvoirs de l'Etat en matière de mariage, c'est ce qui est incontestable. Mais qu'à l'époque où il a été fait, il ait été, dans l'esprit de ses auteurs, la négation du pouvoir législatif de l'Eglise sur le mariage et l'affirmation de celui de l'Etat, c'est beaucoup plus douteux. C'est d'ailleurs là un point qu'il ne convient pas d'élucider maintenant et dont nous retrouverons plus loin l'étude.

La doctrine du pouvoir exclusif de l'Eglise, admise par le Concile de Trente et par les auteurs au XVIe siècle allait trouver au XVIIe siècle d'autres représentants. Elle fut défendue par Habert dans un ouvrage auquel nous avons déjà fait allusion. Le 18 juillet 1675, elle fit l'objet d'une

1. Rassicod. *Dissertation sur la réception et l'autorité du Concile de Trente en France*, p. 32, 33.



thèse soutenue en Sorbonne par Jacques L'Huillier. L'affaire fit du bruit et le Parlement s'en émut. Il manda devant lui Chamillard syndic de la Faculté de théologie et Jacques L'Huillier pour s'expliquer sur la doctrine présentée dans cette thèse. La proposition incriminée était la suivante : « *Non audiendus quisquis hanc potestatem (solvendi impedimenta dirimentia matrimonium) Ecclesiæ eripit, ut principibus sæcularibus eam adscribat.* » Chamillard déclara que la thèse ne voulait pas contester le droit des princes de déclarer non valablement contractés les mariages faits contre les lois civiles. Après que l'avocat du roi, Denys Talon, eût défendu les droits de la puissance séculière, le premier président de Lamoignon déclara que la Cour était satisfaite des explications fournies par Chamillard, mais que la thèse avait besoin de ces explications.

On attribue à L'Huillier un ouvrage qui parut sans nom d'auteur en 1678 et qui renferme aussi la doctrine du pouvoir exclusif de l'Eglise sur le mariage. Cette ouvrage intitulé : *In librum Launoii... observationes*, est surtout, comme son titre l'indique, une critique d'un ouvrage de Launoy, *Regia in matrimonium protestas*, consacré à la défense des droits de la puissance séculière. C'est d'ailleurs une critique très vive, — pour ne pas dire plus. L'auteur accuse Launoy de ne faire que la paraphrase de l'ouvrage d'un apostat, Marcus Antonius de Dominis, autrefois archevêque de Spalatro : il prétend que Launoy a relaté faussement, a corrompu les opinions qu'il cite, qu'il est de mauvaise foi. L'auteur s'attache à démontrer que l'Eglise a toujours été en possession du droit de régler les mariages. A Launoy qui déclare que les princes peuvent frapper de nullité le

sacrement de mariage parce qu'ils peuvent invalider le contrat civil, l'auteur des Observations répond qu'il y a là une équivoque. Si par contrat civil on entend le contrat passé suivant les lois civiles, il s'agit justement de démontrer que le contrat ainsi entendu est requis pour le sacrement ; si par contrat civil on entend le consentement librement exprimé, soit parce qu'il intervient entre citoyens d'un état, soit parce qu'il produit des effets civils, il faudra prouver qu'il doit être conforme aux lois pour être la matière suffisante du sacrement (1). L'auteur reconnaît d'ailleurs aux princes le droit de régler les effets civils des mariages et d'établir à ce titre des empêchements qu'il qualifie de dirimants et dont l'effet sera de priver certains mariages d'effets civils. A l'égard des empêchements dirimants de la loi ecclésiastique, nous trouvons dans les Observations une affirmation singulière. Le mariage contracté au mépris de ces empêchements est sans efficacité civile : l'auteur déclare que cela n'est pas un effet de la loi ecclésiastique, mais de la volonté des princes qui se font les défenseurs de la loi de l'Eglise en n'attachant pas d'effets civils à cette union (2). C'est là, disons-nous, une affirmation singulière. En effet, elle revient à dire que les princes pourraient, s'ils le voulaient, reconnaître les effets civils à ces unions qui cependant ne sont pas des mariages, puisque l'Eglise, seule compétente *quoad fœdus*, déclare que le lien n'est pas formé. Le prince pourrait rejeter un empêchement admis par l'Eglise. Il semblerait donc que l'Eglise ne tient ses pouvoirs dans le for extérieur que d'une concession du prince. Cela

1. *In librum Launoii... observationes*, observ. VII, § II, p. 143, 144.
2. *In librum Launoii... observationes*, observ. VII, § II, p. 145-148.

ne nous semble guère en harmonie avec la théorie générale de l'auteur. Cette interprétation du pouvoir des princes chez un défenseur des droits de l'Eglise nous montre que la doctrine à laquelle il se rattache était moins nette de son temps qu'à l'époque du Concile de Trente. C'est que déjà dans la seconde moitié du XVII[e] siècle, elle avait fait place dans l'opinion générale à une doctrine mixte à l'exposé de laquelle nous arrivons (1).

## II

D'après ce deuxième sytème, le mariage considéré quant au lien rentre à la fois dans le domaine de l'Eglise et dans celui du prince. Entre les prétentions opposées des deux puissances, on cherche à faire une conciliation. Alors se dégage une opinion qui se refuse à reconnaître au prince un pouvoir exclusif sur le mariage, mais qui cependant ne veut pas lui dénier tout droit. Comme cette doctrine se présente, au moins chez son principal interprète — Gerbais, — comme une résistance aux solutions extrêmes des civilistes purs, on se demandera peut-être pourquoi nous n'exposons pas tout d'abord le système du pouvoir exclusif des prince. La raison en est que ce n'est pas là toute l'origine historique de cette doctrine mixte.

Lors de l'affaire du mariage du duc d'Orléans, on fut amené à reconnaître au Roi le droit d'établir des empêche-

1. Une autre réfutation de l'ouvrage de Launoy fut faite à la même époque par Galesius, évêque de Rubo. De même que l'auteur des *Observations*, celui-ci défendait le pouvoir exclusif de l'Eglise.

ments dirimants ayant effet quant au lien. Le pouvoir séculier avait conscience qu'il ne pouvait se désintéresser des mariages. Il leur avait déjà consacré plusieurs ordonnances. Les Parlements, par l'appel comme d'abus, veillaient à l'observation des édits royaux. Il fallait justifier cette compétence législative et judiciaire. On le fit tout d'abord sans nier le droit de l'Eglise. Ce fut l'objet d'une doctrine mixte qui prit dans l'opinion générale la faveur qu'avait auparavant la théorie du pouvoir exclusif de l'Eglise.

Elle ne se forma pas de toutes pièces dans le courant du xvii[e] siècle. On en trouve des traces antérieures. Quelques Pères du Concile de Trente paraissent s'y rattacher et admettre à la fois le droit de l'Eglise et celui de l'Etat. C'était aussi, vers la fin du xvi[e] siècle, l'opinion du jésuite Sanchez (1).

Cette doctrine a pour point de départ la distinction du contrat et du sacrement de mariage. Le consentement réciproque des époux de se prendre pour mari et femme est la matière du sacrement : or c'est là un contrat. « Originairement, dit Gerbais, c'était un contrat naturel, mais Dieu a laissé aux princes le pouvoir de le perfectionner, par rapport à la société civile, dont ils sont les maîtres... ; et c'est

1. « Nec obstat principis sæcularis potestati matrimonium esse sacramentum, quia ejus materia est contractus civilis. Qua ratione perinde potest illud ex justa causa irritare ac si sacramentum non esset, reddendo personas inhabiles ad contrahendum, et sic illegitimum et invalidum contractum redderet ». Sanchez. *Disputationes de matrimonii sacramento*, l. VII, disp. III, n° 2, t. II, p. 10. Aux n[os] 3 et 4, il ajoute cependant que l'Eglise peut interdire l'exercice de ce pouvoir aux princes chrétiens et se le réserver pour elle seule et qu'en fait elle s'est réservé ce pouvoir.

par là que le mariage prend la qualité de contrat civil. » (1) Jésus-Christ en établissant le sacrement a laissé subsister le contrat civil (2). Celui-ci est resté soumis à la puissance séculière. C'est en effet le prince qui légifère sur les contrats. Et comment n'aurait-il pas compétence sur celui qui intéresse le plus directement le bon ordre et la prospérité de l'Etat ? « Les souverains qui sont préposés de Dieu pour veiller au bien général des états, dit Gerbais, sont obligés de prendre garde que les mariages de leurs sujets se fassent d'une manière qui n'ait rien de contraire à la bienséance et à la tranquillité publique et qui s'accorde avec les lois de Dieu et la Nature qui sont les premières règles et du mariage et de toutes les autres sociétés. » (3)

On prend bien soin de remarquer que ce qui fait la matière du sacrement, ce n'est pas le contrat naturel, mais le contrat civil. Le contrat naturel n'en subsiste pas moins ; le fait que le mariage est soumis aux lois du prince ne l'empêche pas d'être en même temps soumis à celles de la nature. Souvent l'œuvre de la nature est incomplète ; elle sera perfectionnée par les princes. Le pouvoir civil ne peut faire qu'un contrat, nul d'après les lois de la nature, devienne valable ; mais un contrat qui n'est pas prohibé par la nature peut l'être par les princes. On fait application de

1. Gerbais. *Traité du pouvoir de l'Eglise et des princes sur les empêchements de mariage*, 2e partie, chap. III, p. 340.

2. Héricourt. *Lois ecclésiastiques*, 3e partie, chap. V, art. I, p. 57-59. Son annotateur critique cette distinction du mariage chrétien et du sacrement.

3. Gerbais, *op. cit.*, 2e partie, chap. I, p. 293. Cpr. *Conférences ecclésiastiques de Paris sur le mariage*, t. II, liv. I, conf. II, § I, p. 30, 31.

3

cette idée au mariage et on reconnaît aux princes le pouvoir de le régler (1).

La qualité de sacrement attachée au mariage par Jésus-Christ n'a pas fait disparaître le contrat civil. L'un et l'autre coexistent. Les princes chrétiens conservent sur le mariage de leurs sujets les droits qu'avaient les souverains infidèles (2). Jésus-Christ en déclarant que son royaume n'est pas de ce monde a voulu marquer qu'il n'entendait point toucher aux droits de l'autorité temporelle. En donnant au mariage la qualité de sacrement, il n'a pas détruit le contrat civil, mais il l'a plutôt ratifié. « Pourquoi, dit Gerbais, la qualité de contrat civil et celle de contrat naturel ne subsisteraient-elles pas dans le mariage avec la qualité de sacrement ? puisque les fins du mariage et comme contrat naturel et comme contrat civil ne subsistent pas moins

1. Gerbais, *op. cit.*, 2e partie, chap. I, p. 292-312. La solution donnée ici par Gerbais paraît contraire à ce qu'il dit dans la 1re partie, chap. VI, p. 254 et s. Combattant l'opinion de Launoy et répondant aux objections faites par celui-ci, il déclare que le consentement des parties est la matière du sacrement. Or, dit-il, c'est là le contrat naturel plutôt que le contrat civil.

2. Duplessis. *Consultations, Œuvres*, t. I, p. 893 : « Le sacrement a ajouté au mariage une perfection qu'il n'avait pas auparavant, mais il ne lui a rien ôté de ses premières qualités. Le contrat pour être devenu sacrement, n'en est pas moins contrat ; et s'il ne l'était pas, il ne serait pas sacrement ; parce que le sacrement suppose le contrat. Il n'y a donc point de sacrement, s'il n'y a point de contrat, c'est-à-dire s'il n'y a point de consentement légitime prêté suivant la loi... Le Fils de Dieu n'est pas venu pour détruire les puissances légitimes, mais plutôt pour les affermir. » Dans cette consultation faite pour soutenir l'appel contre une sentence du Prévôt de Paris du 20 mai 1662, Duplessis n'envisage que le droit pour l'Etat de régler les mariages. Nous ne pouvons donc le ranger dans aucun des trois systèmes. Nous ne le citons que pour montrer comment étaient défendus les droits de la puissance temporelle.

depuis l'élévation du mariage à la qualité de sacrement qu'avant cette élévation. » (1) L'auteur d'un *Traité des empêchements au mariage* qui parut à Cologne en 1691, citant les arguments présentés par Hennequin dit aussi : « N. S. Jésus-Christ, en élevant le contrat civil enté (si le veut M. Gerbais) sur le contrat naturel, à la dignité de sacrement de la nouvelle loi, n'a rien changé dans ce contrat comme civil, il a seulement imposé, attaché, enté, comme sur un fondement nécessaire, comme sur un tronc, comme un accessoire au principal, la nature et la dignité de sacrement, en sorte que depuis cette élévation, le contrat civil est demeuré tel qu'il était auparavant. » (2)

Les droits de la puissance séculière, respectés par Jésus-Christ, ne lui ont pas été, dans la suite, enlevés par l'Eglise. Celle-ci n'en aurait pas eu le droit, car la puissance temporelle n'est pas de son domaine. En fait, d'ailleurs, elle n'a jamais privé les princes de leur pouvoir sur le mariage (3). Ce que l'histoire nous enseigne, c'est que les empereurs chrétiens et notamment Théodose ont fait des lois sur les mariages. Comme exemples de l'exercice du droit des princes, on cite encore les édits de nos rois des XVI[e] et XVII[e] siècles. Sans doute, dit-on, nos rois ont pendant longtemps laissé l'exercice de ce pouvoir à l'Eglise. Mais ce n'est là qu'une marque de leur piété qui n'est pas de nature à porter atteinte à leurs droits. Il peuvent reprendre l'exercice de leur autorité lorsque les lois de l'Eglise sont insuffisantes,

1. Gerbais, *op. cit.*, 2[e] partie, chap. III, p. 333, 334.
2. *Traité des empêchements au mariage*, chap. V, p. 79. Cet ouvrage est attribué à Jacques Boileau.
3. Gerbais, *op. cit.*, 2[e] partie, chap. III, p. 343-346.

lorsqu'on se révolte contre elles. Et Gerbais en donne un exemple dans les lois de nos rois sur le mariage des protestants.

Quant à la question de savoir si nos rois font bien de laisser ainsi à l'Eglise la part d'autorité qu'ils lui ont abandonnée, Gerbais déclare que les princes ne pourraient pas sans de grands inconvénients rentrer dans l'exercice de tous leurs droits. « Car cela ne pourrait être exécuté qu'en renversant un usage auquel les peuples sont accoutumés depuis longtemps. » Il faudrait déterminer quels empêchements sont du ressort de chacune des deux puissances, quelles dispenses chacune d'elles pourrait accorder. Des difficultés se présenteraient pour les empêchements mixtes, c'est-à-dire pour ceux qui intéressent à la fois l'Eglise et l'Etat. Gerbais estime « que ce ne serait une chose ni avantageuse aux Etats, ni glorieuse aux souverains, de troubler l'Eglise dans sa possession. » Il voit d'ailleurs dans la piété des princes « un assez beau titre pour mettre l'Eglise hors de toute crainte d'y être jamais inquiétée. » (1)

Mais tout le pouvoir qu'exerce l'Eglise ne lui vient pas d'une concession du prince. Elle a des droits propres qui lui ont été attribués par Jésus-Christ. Les auteurs rappellent à ce propos un texte bien connu de S[t] Thomas d'Aquin d'après lequel le mariage a trois sortes de fins : des fins naturelles, civiles et spirituelles. Quant aux premières il est soumis aux lois de la nature ; aux lois civiles à l'égard des secondes ; aux lois ecclésiastiques pour les troisièmes. « Si l'Eglise, dit Gerbais, n'avait le pouvoir de faire des lois

1. Gerbais, *op. cit.*, 3e partie, chap. IV, p. 392-396.

touchant le mariage, et d'y mettre des empêchements dirimants, le pouvoir qu'elle doit exercer sur le mariage serait imparfait, et Jésus-Christ ne lui aurait pas donné tout ce qui lui est nécessaire pour conduire les fidèles à tout le bien spirituel qui en est la fin. » (1)

L'Eglise a reçu de son fondateur le droit de légiférer sur le mariage. Elle ne le tient pas d'une concession du pouvoir civil, car il en resterait des traces. On peut citer une concession de ce genre pour le droit d'affranchir les esclaves, il n'en est pas de même pour le mariage. Il n'y a pas eu non plus de la part de l'Eglise une usurpation, car les princes auraient protesté. Les historiens qui nous parlent des démêlés du Sacerdoce et de l'Empire sur la question des investitures ne nous disent pas qu'il y ait eu de semblables différends en notre matière (2).

Le mariage étant à la fois contrat et sacrement se trouve soumis aux deux puissances, temporelle et spirituelle. Pour qu'il soit valable, il doit satisfaire aux règles posées par l'une et l'autre. C'est ce que dit le chancelier de Pontchartrain dans une lettre du 3 septembre 1712, adressée au premier président du Parlement de Besançon : « Comme le mariage est en même temps un contrat civil et un sacrement, il est également soumis aux deux puissances, même par rapport à la validité du lien. Le contrat dépend absolument de la puissance séculière : le sacrement dépend uni-

1. Gerbais, *op. cit.*, 1re partie, chap. II, p. 43. Héricourt, *op. cit.*, 3e partie, chap. V, art. II, n° 2, p. 74. *Traité des empêchements au mariage*, chap. VI, p. 98, 99. On invoque aussi que le droit de l'Eglise lui a été reconnu par le Concile de Trente. Pothier. *Contrat de mariage*, n° 19.

2. *Conférences de Paris*, t. II, liv. I, conf. I, § 4, p. 17.

quement de la puissance ecclésiastique : et comme il n'y a pas de mariage valable parmi nous, s'il n'est élevé à la dignité de sacrement, et que, réciproquement, il n'y a pas de sacrement où il n'y a pas de contrat et de consentement légitime, il est évident que l'Eglise et l'Etat exercent également leur autorité sur le mariage considéré en même temps comme contrat et comme sacrement. » (1) Les règles posées par l'Eglise et par l'Etat ont un même objet : la validité du lien matrimonial. Mais les deux puissances l'envisagent d'un point de vue différent. L'Etat fait des lois en raison du contrat civil, et l'Eglise en raison du sacrement ; mais dans les deux cas, le résultat est le même : si les lois de l'une des deux puissances ne sont pas observées, la nullité qui en résulte tombe sur le mariage, c'est-à-dire tout à la fois sur le contrat et sur le sacrement.

1. V. cette lettre dans le *Code matrimonial*, t. I, p. 192-196. Dans une affaire jugée par le Parlement de Provence le 14 mars 1689, M. de Saint Martin, avocat général, disait : « Les lois que les princes font pour la validité du mariage comme contrat civil, ont autant de force que celles de l'Eglise pour la validité du mariage comme sacrement, et nous pouvons dire que les unes et les autres concourent également à sa perfection, ayant été institué pour multiplier le nombre des fidèles de l'Eglise, et celui des citoyens de la république. De sorte que comme les mêmes conditions qui forment la perfection de l'un, sont la perfection de l'autre, il suit pareillement que les mêmes défauts qui empêchent le nœud civil, empêchent aussi le nœud spirituel. » *Mémoires du clergé*, t. V, p. 1025, 1026. L'avocat général d'Aguesseau disait, en 1700, dans la cause de l'héritière de Madame la Comtesse de Bossu et des héritiers de M. le duc de Guise : « Tout mariage renferme en soi deux rapports différents : l'un, à la religion qui le sanctifie, en l'élevant à la dignité de sacrement ; l'autre à la loi qui l'autorise en lui imprimant le caractère de contrat. Sans la religion, il est criminel ; sans la loi, il est inutile. Ouvrage commun de ces deux puissances, il doit à l'une et à l'autre sa validité et sa perfection. » *Œuvres*, t. V, p. 66.

On allait tirer de là deux objections en sens inverse. Permettre au prince de frapper ainsi de nullité le mariage, diront les ultramontains, c'est lui reconnaître un droit sur le sacrement, matière spirituelle et par conséquent en dehors de sa compétence. Laisser l'Eglise établir des empêchements au mariage, diront les théoriciens du pouvoir exclusif de l'Etat, c'est lui permettre d'annuler un contrat, lui reconnaître un droit sur le temporel. Il fallait répondre à ces deux objections. Contre la première on disait que la loi des princes ne frappait directement que le contrat civil ; ce n'était que par une conséquence ultérieure que le sacrement était rendu impossible. A la seconde objection Gerbais répondait que si, lorsqu'un mariage est déclaré nul par l'Eglise, il ne produit pas d'effets civils, ce n'est pas par la vertu des lois ecclésiastiques. C'est par l'effet des lois séculières qui viennent prêter leur appui aux règles posées par l'Eglise. « Ainsi, disait-il, quand le contrat civil, en matière de mariage, cède en quelque chose aux lois ecclésiastiques ce n'est pas que l'Eglise exerce un empire ou direct ou indirect sur le temporel des princes. Et de même, lorsque le contrat spirituel cède, pour ainsi dire, en quelque chose à une loi politique qui déclare certains mariages nuls, ce n'est pas que les princes exercent une puissance ou directe ou indirecte sur le sacrement, mais c'est un effet de la convenance et de la concorde mutuelle des deux puissances. » (1)

Reconnaître en même temps à l'Eglise et à l'Etat le droit

1. Gerbais, *op. cit.*, 1re partie, chap. VI, p. 281, 282. On sent le défaut d'harmonie qu'introduit cette déclaration dans le système de Gerbais. On dit que l'Eglise peut établir des empêchements dirimants mais que les mariages contractés malgré ceux-ci ne seront privés d'efficacité civile que par l'effet des lois séculières. Outre qu'il serait bien difficile

d'établir des empêchements dirimants de mariage n'allait pas sans présenter des inconvénients. Des conflits pouvaient naître si des solutions contradictoires étaient admises par les deux puissances. Gerbais cherche à montrer que ce danger n'est pas à craindre. C'est qu'en effet le pouvoir de l'Eglise et celui des princes ont été établis par Dieu ; les puissances émanées de Dieu sont ordonnées et il ne peut y avoir incompatibilité entre elles. Il remarque que ces deux pouvoirs n'ont pas le même objet ; l'un visant le contrat et l'autre le sacrement, il croit possible d'en conclure qu'un conflit entre eux ne se produira pas. Quant aux fins du

le plus souvent de trouver des lois séculières qui viennent corroborer ainsi les lois canoniques, nous répondrons que les empêchements établis par l'Eglise ne sont dirimants qu'autant qu'ils invalident le mariage à tous égards. Un mariage nul ne peut pas produire d'effets. D'après cette doctrine, en supposant l'absence d'une loi séculière confirmant la loi de l'Eglise, les effets civils subsisteraient malgré la nullité du sacrement de mariage. C'est donc qu'il y a pour supporter ces effets civils un lien de mariage qui subsiste : ce qui montre que l'empêchement de mariage dont on parle n'est pas dirimant. Il y a là dans la théorie de Gerbais une contradiction, car, par ailleurs, il déclare que les empêchements établis par l'Eglise sont dirimants. D'autres auteurs essayent d'échapper à cette critique. Ils disent avec le chancelier de Pontchartrain, que « puisque les princes chrétiens ne souffrent pas que leurs sujets catholiques contractent un mariage qui ne soit pas revêtu de la dignité de sacrement, le défaut des conditions prescrites par l'Eglise pour recevoir le sacrement empêche que le contrat ne soit accompli. » Peut être même pourrait-on donner cette interprétation à la pensée de Gerbais. Mais, en fin de compte, on peut dire que malgré les affirmations de principe de cette doctrine, l'Eglise, à l'égard du for extérieur, tient moins ses droits de son fondateur que d'une concession des princes. Aussi bien Pothier, après avoir dit que l'Eglise a le droit d'établir des empêchements dirimants, ajoute-t-il : « Les empêchements que l'Eglise établit, seuls et par eux-mêmes, ne peuvent concerner que le sacrement, et ne peuvent seuls et par eux-mêmes donner atteinte au contrat civil. » *Contrat de mariage*, n° 20.

contrat et du sacrement, elles ne se combattent pas, mais plutôt se fortifient. Il ne pourrait donc y avoir d'incompatibilité entre le pouvoir de l'Eglise et celui du Roi qu'à raison de l'exercice qui en serait fait. Pour l'éviter, il suffira que les deux puissances restent dans la limite de leurs droits. C'est d'ailleurs ce qui s'est passé depuis le commencement de l'Eglise. S'il arrivait parfois qu'une puissance vînt à poser des règles en contradiction avec celles de l'autre, le mal ne serait pas sans remède. Il faudrait avoir recours à des remontrances et Gerbais estime ce moyen suffisant pour amener des puissances bien intentionnées à se faire justice l'une à l'autre (1). En dernière analyse, ce qu'il faut pour que ce système puisse fonctionner et donner de bons résultats, c'est que des dispositions concordantes soient adoptées par les deux puissances. Mais cette condition est peut-être plus facile à formuler qu'à réaliser.

Aussi, pour éviter des conflits entre les deux autorités, Gerbais pense que le mieux serait de laisser l'Eglise dans la possession où elle est de déterminer les empêchements de mariage. Pour cela il compte sur la piété de nos rois. D'autres, au contraire, penseront que le premier devoir des princes est de reprendre l'exercice d'un pouvoir qu'ils ont reçu de Dieu.

Cette doctrine, qui reconnaît que le contrat civil de mariage est soumis au prince et le sacrement à l'Eglise, ne devait pas se borner à indiquer qui peut établir les empêchements. Elle devait aussi envisager le point de vue de la juridiction et celui des dispenses. Mais ici les auteurs sont souvent

1. Gerbais, *op. cit.*, 3e partie, chap. I, p. 368-375.



moins fermes dans la défense des droits de l'Etat que lorsqu'il s'agissait du pouvoir législatif. Gerbais invoque les inconvénients qu'il y aurait à changer les usages établis quant à la juridiction et aux dispenses et conclut qu'il est préférable de laisser l'Eglise dans la possession où elle se trouve (1). L'auteur du *Traité des empêchements*, tout en estimant que les princes ne doivent pas abandonner leur pouvoir législatif à l'Eglise, déclare que la compétence en matière de mariage appartient seulement aux tribunaux ecclésiastiques (2). En opposition à ce sentiment, le chancelier de Pontchartrain, dans sa lettre au premier président du Parlement de Besançon, partait de la distinction du contrat civil et du sacrement de mariage pour établir la compétence des juges royaux. Pour lui, le canon XII de la session XXIV du Concile de Trente, en formulant sous la sanction de l'anathème la compétence des juges d'Eglise pour les causes matrimoniales, n'avait en vue que le cas où il s'agirait uniquement du sacrement. Le Vayer de Boutigny avait déjà soutenu cette doctrine par ce motif que « le droit de faire des lois emporte naturellement celui de juger de la contravention à ces mêmes lois ». (3)

1. Gerbais, *op. cit.*, 3e partie, chap. IV, p. 392-396.

2. « Il faut faire une grande différence entre le droit d'établir des empêchements dirimants du mariage, et celui de juger des effets et contestations qui peuvent naître au sujet du sacrement de mariage... Quand les lois des princes ont été violées et que, nonobstant leurs empêchements, leurs sujets ont passé outre ; étant pour lors question s'ils ont reçu ou s'ils n'ont pas reçu un sacrement, il est certain que cette question ne peut être que de la compétence de l'Eglise. Et comme la nature n'a point établi de tribunal pour juger de ce fait, les princes n'en doivent pas non plus avoir établi. » *Traité des empêchements au mariage*, chap. VII, p. 100, 101.

3. Le Vayer de Boutigny, *Traité de l'autorité des rois touchant l'ad-*

Quant au pouvoir d'accorder des dispenses, les auteurs n'en parlent guère. Mentionnons cependant ce que disait l'avocat général La Chalotais, dans un plaidoyer conformément auquel fut rendu un arrêt du Parlement de Rennes du 12 juillet 1740. Après avoir dit que l'empêchement de consanguinité est d'ordre civil et a été établi par la puissance séculière, il recherchait qui a le droit d'en donner dispense. Pour les ultramontains, c'est le pape ; pour les gallicans, c'est l'évêque. Il s'étonnait qu'on ne réclamât pas ce droit pour le roi. D'après lui, si le pape accorde de semblables dispenses, c'est par une concession du prince. Il en concluait que les dispenses du pape seraient valables tant que le roi le laisserait jouir de cette possession. Il ajoutait que les dispenses des évêques auraient le même effet tant que le roi ne leur aurait pas interdit d'en accorder (1).

Telle est, dans ses grands traits, la doctrine qui soumet le mariage à l'Etat. En 1690, chez son principal interprète, Gerbais, elle se présente comme une doctrine de conciliation entre les prétentions des ultramontains soutenues par Galesius et celles des civilistes purs défendues par Launoy. Elle avait été déjà présentée, le 16 février 1677, par le premier président de Lamoignon comme celle du Parlement de Paris. Elle apparaissait alors comme une solution intermédiaire entre la thèse de l'Huillier qui donnait tout pou-

*ministration de l'Eglise*, 2e partie, 3e dissertation, p. 292. Cet ouvrage fut écrit sur l'ordre de Louis XIV lors de l'affaire de la régale. Il n'était pas destiné à être publié ; cependant il en circula des copies plus ou moins exactes. Il fut imprimé dans la suite d'abord sans nom d'auteur, puis sous celui de Talon, sous celui de Delpech et enfin sous le nom de son auteur.

1. V. ce plaidoyer dans le *Code matrimonial*, t. I, p. 396-405.

voir à l'Eglise et la doctrine de l'avocat général Talon qui reconnaissait à l'Etat des droits exclusifs. Ce fut la doctrine généralement admise à la fin du XVII[e] siècle et pendant la première partie du XVIII[e]. En 1691 elle est défendue par l'auteur du *Traité des empêchements au mariage* (1). Elle fut admise dans les *Lois ecclésiastiques* publiées par Héricourt et dans les *Conférences ecclésiastiques de Paris sur le mariage* rédigées sur l'ordre du Cardinal de Noailles. Elle ne disparut jamais complètement dans notre ancien droit et il suffit de dire qu'elle eut pour représentants Durand de Maillane (2) et Pothier pour montrer quelle faveur elle conserva dans la seconde moitié du XVIII[e] siècle.

## III

Cette doctrine avait affirmé le pouvoir de l'Etat à côté de celui de l'Eglise. On n'allait pas s'en tenir là. Des auteurs attaquèrent le droit de l'Eglise, ne voulant laisser subsister que celui de l'Etat. Les Pères du Concile de Trente avaient dit : le mariage est un sacrement ; Gerbais avait prétendu qu'il est contrat et sacrement ; la troisième doctrine viendra affirmer qu'il n'est en lui-même qu'un contrat, le sacrement

1. Nous rattachons à cette doctrine l'auteur du *Traité des empêchements au mariage* bien qu'il déclare défendre l'opinion de Launoy. C'est qu'en effet, s'il s'attache principalement à soutenir les droits de l'Etat, en même temps il reconnaît à l'Eglise le droit d'établir des empêchements dirimants et la juridiction exclusive en matière de mariage, Voy. p. 98-101.

2. Durand de Maillane. *Dictionnaire de droit canonique*, v° Empêchement, t. II, p. 491-493. Pour l'indication des autres auteurs qui ont suivi la même doctrine, voy. *Code matrimonial*, t. II, p. 919-920.

ne touchant point à l'essence du mariage. Ce sera là son point de départ.

Launoy avait déjà montré que le mariage est un contrat civil et que la qualité de sacrement n'y changeait rien. Mais il ne se dégageait pas de l'idée que le contrat est la matière du sacrement (1). Le Ridant fut plus net dans sa doctrine. D'après lui, on ne peut nier que le mariage ne soit un sacrement en ce sens qu'il représente une chose sacrée, à savoir l'union de Jésus-Christ avec son Eglise. Mais ce n'est pas là ce qu'il faut entendre quand on dit qu'il y a un sacrement de mariage institué par Jésus-Christ, En effet le mariage des païens serait un sacrement entendu dans ce premier sens. Ce que Jésus-Christ a établi, c'est un rit extérieur ayant pour objet de sanctifier l'union de l'homme et de la femme : c'est là seulement ce qui constitue le sacrement (2).

Ce qui fait le mariage, c'est le consentement des deux parties, c'est-à-dire le contrat : le sacrement qui intervient ensuite pour sanctifier l'union conjugale est distinct du contrat. Jésus-Christ en instituant ce sacrement n'a rien changé à la nature du mariage. Il est inexact de dire que le mariage ait été élevé à la dignité de sacrement. Le Ridant invoque l'idée que le curé est le ministre du sacrement de mariage : Launoy au contraire déclarait ne pas vouloir discuter la question théologique du rôle du prêtre dans le

1. « Ratio sacramenti matrimonio superveniens humanum contractum non mutat, sed potius uti idoneam materiem supponit. » Launoy. *Regia in matrimonium potestas*, 1re partie, art. 1, chap. IX. p. 50.

2. Le Ridant. *Examen de deux questions importantes sur le mariage*, liv. I, chap. I, p. 3-6.



mariage. Le Ridant partant de l'idée que le curé est ministre du sacrement de mariage fait voir qu'avant le Concile de Tente les mariages contractés simplement *per verba de præsenti* étaient valables bien qu'il n'y eût pas de sacrement. La tradition montre donc que le sacrement n'est pas nécessaire au mariage des chrétiens. Le Ridant s'attache à établir que cette idée est celle qui se dégage des formules employées par les catéchismes ; il en cite plusieurs qui distinguent le mariage du sacrement de mariage en déclarant que celui-ci a été institué pour sanctifier l'union de l'homme et de la femme (1). Pour cela il faut que cette union soit formée avant l'intervention du sacrement. Le mariage est formé par le consentement des parties : le sacrement est conféré par la bénédiction nuptiale.

Cette conception du mariage ainsi séparé du sacrement ne fut pas admise par Lorry qui, cependant, défend comme Le Ridant le pouvoir exclusif de l'Etat sur les empêchements dirimants. Pour lui, le mariage est à la fois contrat

1. Le Ridant, *op. cit.*, l. I, chap. V, p. 31-45. — « Il ne faut pas confondre le mariage avec le sacrement de mariage ; le mariage est un contrat par lequel l'homme et la femme s'engagent à vivre ensemble jusqu'à la mort de l'un des deux contractants ; et le sacrement de mariage est un rit extérieur établi par Jésus-Christ pour sanctifier ce contrat et l'union qui en est la suite. Ainsi, à proprement parler, le mariage peut subsister sans sacrement, puisqu'il n'a que les effets civils pour objet, et qu'il ne les tire que de l'observation des formes établies par l'autorité civile. Celles que l'Eglise ou plutôt ses ministres ont pu y joindre ne sont devenues essentielles, qu'autant que le magistrat politique les a adoptées et les a revêtues de son pouvoir. » *De l'autorité du clergé et du pouvoir du magistrat politique sur l'exercice des fonctions du ministère ecclésiastique*, 2e partie, chap. XI, sect. VII, t. II, p. 161, 162. Cet ouvrage est attribué à Richer.

civil et sacrement : le consentement des époux est l'un et l'autre (1).

De ce que c'est le contrat qui fait le mariage il résulte que si ce contrat est nul, il ne peut y avoir de sacrement. En effet le sacrement ne peut exister sans la chose à sanctifier. Le Ridant résume sa pensée dans cette phrase : « Le sacrement ne fait pas le mariage : il le suppose préexistant, car on ne sanctifie pas ce qui n'est pas. » (2) D'autre part, d'après Lorry, le sacrement s'identifiant au contrat, l'un ne peut exister sans l'autre.

Puisque le mariage est un contrat, les empêchements dirimants seront établis par l'autorité qui a pouvoir sur les contrats c'est-à-dire par l'autorité séculière. Celle-ci a le droit de le régler comme elle règle la vente. Le mariage, comme tout ce qui se réfère aux intérêts de la société civile est soumis aux princes. Ceux-ci connaissent des effets civils ; ils doivent connaître de leur cause (3). Les princes peuvent

1. « C'est le consentement donné suivant les lois qui fait la matière du sacrement de mariage ; le consentement donné suivant les lois n'est pas autre chose que le contrat ; c'est donc le contrat qui fait le sacrement de mariage. » Lorry. *Essai de dissertation ou recherches sur le mariage, en sa qualité de contrat et de sacrement*, p. 190.

2. Le Ridant, *op. cit.*, l. I, chap. VI. p. 48.

3. « Cum ergo causæ de dotibus et aliis ad politicum magistratum simpliciter spectant potiori ratione ad eumdem spectabunt causæ de impedimentis, eorumque institutio. » Launoy, *op. cit.* 1re partie, art. I, chap. XI, p. 58. — Denys Talon à propos de la thèse de Jacques L'Huillier, disait : « La distinction subtile qu'ont faite les nouveaux théologiens entre la cause et les effets civils, pour dire que les princes ont pouvoir seulement sur les effets civils est sans aucun fondement, parce qu'on ne peut pas séparer l'un d'avec l'autre ; la cause du mariage est le contrat civil qui n'est autre chose que le consentement réciproque des parties, donné suivant les lois. Le pouvoir qu'ont les princes sur les effets civils

établir des empêchements dirimants parce que ceux-ci sont mis en vue de l'intérêt public ; or c'est la loi civile qui statue en vue du bien commun.

L'Eglise, au contraire, n'a pas le droit d'établir de tels empêchements. Sans doute elle a le droit et même le devoir de proclamer ceux qui sont de droit divin et de demander aux princes qu'ils en assurent le respect. Elle peut censurer ceux qui les enfreignent. Mais c'est là tout son rôle. Elle n'a pas le droit de créer des empêchements par sa seule autorité. Sans doute l'Eglise a été longtemps en possession du droit d'établir des empêchements dirimants. Mais c'était par l'effet d'une concession des princes. Le Ridant cherche à prouver que jusqu'au IVe siècle au moins l'Eglise n'a pas établi d'empêchements dirimants. Elle se bornait à proclamer les règles du droit divin et à demander, le cas échéant, l'intervention de la puissance séculière.

L'Eglise n'a pas pu prescrire un droit qui tient à la souveraineté. D'ailleurs les princes, dit-on, ont fait des actes de possession qui aurait interrompu cette prescription. De plus, Launoy s'attache à établir qu'il n'est pas de l'intérêt de l'Eglise de dépouiller les princes d'aucun de leurs droits Si elle le faisait, elle pourrait craindre à son tour des usurpations de la part des princes dans son domaine propre. Et elle aurait plus à perdre qu'à gagner dans une semblable lutte (1).

Ceux qui disent que l'Eglise a prescrit contre les princes

vient tellement du pouvoir qu'ils ont sur la cause qui les produit, que s'ils n'avaient aucune autorité sur la cause qui est le contrat, ils ne la pourraient avoir sur les effets. » — Voy. aussi Lorry, *op. cit.*, p. 190, 191.

1. Launoy, *op. cit.*, 1re partie, art. IV, chap. I, p. 262-268.

invoquent la possession dans laquelle elle est quant au droit de légiférer, de juger et de dispenser en matière de mariage. Le fait de cette possession ne peut être nié. Mais il n'y faut voir que l'effet d'une concession précaire et révocable de la part des princes. Déclarer certaines personnes incapables de passer un contrat rentre en effet dans le domaine exclusif de la puissance séculière (1). Dire avec certains théologiens que ce droit qui appartient à l'Etat doit appartenir *a fortiori* à l'Eglise, c'est mal raisonner ; c'est conclure faussement d'une puissance à l'autre. On allègue que le droit de dispenser appartient à celui qui a le droit de faire la loi et que les dispenses sont accordées par l'autorité ecclésiastique. Mais ce n'est encore là qu'une concession des princes. A l'origine, les dispenses étaient accordées par le pouvoir séculier. Sans doute nos rois s'adressent au Pape pour obtenir des dispenses de mariage, mais ce n'est là qu'un exemple de leur piété.

Enfin le Ridant fait observer, non sans raison, que les partisans des deux pouvoirs seraient biens embarrassés s'il leur fallait séparer les deux classes d'empêchements : d'une part, ceux qui, d'après eux, sont du domaine de l'Eglise et, d'autre part, ceux qui sont de la compétence du pouvoir séculier. Ils n'y arriveraient point, car tous les empêchements dirimants tombent sur le contrat, celui-ci étant le

1. « Donner à l'Eglise à cause du sacrement le droit d'apposer au mariage quelqu'empêchement dirimant que ce soit, serait lui accorder le droit de rendre les sujets d'un prince catholique habiles ou inhabiles à contracter... Ce qui est une entreprise manifeste sur l'autorité temporelle que l'Eglise ne peut exercer en cette matière et dans toutes les autres que précairement et au nom des souverains. » Le Ridant, *op. cit.*, l. III, chap. II, section XII, p. 283, 284.

mariage même. Aucun d'eux ne tombe directement sur le sacrement. Dès lors, reconnaître à l'Eglise le droit d'établir des empêchements dirimants serait contraire à notre droit public. La déclaration de 1682 a posé comme principe fondamental la distinction de la puissance temporelle et de la puissance spirituelle. Leur objet serait le même si elles pouvaient l'une et l'autre faire des lois irritantes sur le mariage. L'Eglise peut bien avoir autorité sur le sacrement, mais non sur le contrat. De cette façon, les conflits d'autorité entre les deux puissances ne pourront pas se produire (1).

L'Eglise, à qui n'appartient pas la législation en matière de mariage, n'a pas non plus en vertu d'un droit propre la juridiction. Il s'agit de décider sur la validité d'un contrat. la justice séculière seule est compétente. Si l'official juge, il le fait en vertu d'une concession du prince. Mais le prince, ne pouvant se dépouiller de sa puissance souveraine, conserve toujours le droit de prendre, le cas échéant, soit par lui-même, soit par ses magistrats, connaissance des causes matrimoniales. Et Lorry ajoute : « On pourrait même regarder avec assez de justesse, le juge ecclésiastique comme établi par l'autorité royale, magistrat et juge civil, pour prononcer sur la validité, ou nullité de mariage ; puisque la loi le revêt à cet égard de son autorité. » (2)

Toutes ces concessions des princes sont révocables. Mais les auteurs sont bien d'avis qu'il ne faut pas les faire cesser tout d'un coup. Si l'autorité séculière veut rentrer dans l'exercice de ses droits, elle ne doit le faire que peu à peu.

1. Le Ridant, *op. cit.*, l. III, chap. II, sect. XIV, p. 315 et s.
2. Lorry, *op. cit.*, p. 193.

Les auteurs se défendent même de l'idée de vouloir changer l'état actuel des choses. Ils veulent bien qu'on laisse à l'Eglise la possession des droits qu'elle exerce (1). Leur but paraît être simplement d'établir le droit des princes pour permettre à ceux-ci de l'exercer si l'occasion s'en présente.

La part d'autorité de la puissance séculière étant ainsi faite, on se demande ce qui revient à l'Eglise en vertu d'un droit propre. Il lui reste le sacrement. C'est à elle qu'il appartient d'en fixer les formes. Elle déterminera les conditions nécessaires pour le recevoir. Le prêtre — ministre du sacrement d'après Le Ridant — aura le droit de refuser son concours si ceux qui se marient ne sont pas dans toutes les dispositions d'esprit et de cœur jugées nécessaires pour recevoir avec fruit le sacrement de mariage. La bénédiction nuptiale pourra ainsi être refusée aux comédiens. Tout cela est du domaine exclusif de l'Eglise. L'autorité séculière n'a

1. Le Ridant, *op. cit.*, Conclusion, p. 585, 586 : « Si on excepte les causes d'impuissance dont on désirerait par de très bonnes raisons, que les officialités demandassent elles-mêmes d'être déchargées, on ne prétend pas insinuer aux princes catholiques de rien changer pour le surplus, à l'état actuel des choses. Que la puissance ecclésiastique soit conservée dans la possession où elle est depuis longtemps, rien n'est plus prudent pour ce qui concerne l'ordre politique, ni peut-être plus équitable quand on justifie une longue possession. Rien enfin n'est plus conforme à la piété des princes catholiques, et à la confiance qu'ils ont avec raison dans la sagesse et dans les lumières de ceux que Dieu a établis pour gouverner l'Eglise, et qui exercent depuis longtemps pour ce qui regarde le mariage, une partie de l'autorité et de la juridiction qui appartiennent essentiellement à la puissance séculière. Mais la longue possession de l'Eglise ne peut jamais lui acquérir de prescription ; parce que tous les droits qui constituent la souveraineté sont par eux-mêmes imprescriptibles et incommunicables. »

le droit de rien décider quant aux formes du sacrement et aux conditions requises pour celui-ci.

Tels sont les droits de l'Eglise. Même ainsi restreints, sont-ils aussi solides qu'il paraît au premier abord ? Dans le domaine qui lui est ainsi réservé, l'autorité ecclésiastique conserve-t-elle son indépendance ? A l'époque ou écrivait Le Ridant, les querelles soulevées par la bulle *Unigenitus* n'étaient pas encore éteintes. On ne peut penser à l'histoire politique et religieuse de ce temps sans se souvenir des arrêts du Parlement ordonnant à des prêtres d'accorder l'absolution à certaines personnes ou de les recevoir à la communion (1). Il est peu probable que les « Parlamentaires » dont Le Ridant défendait la doctrine, aient été plus disposés à respecter la liberté du prêtre en matière de mariage.

Mais, à supposer que les Parlements aient ordonné de donner la bénédiction nuptiale à des individus qui n'avaient pas, aux yeux du prêtre, les dispositions requises, il n'y faut pas voir, dans les idées du temps une atteinte de l'autorité temporelle sur le pouvoir spirituel. L'Eglise et l'Etat sont alors étroitement unis avec prépondérance toutefois de l'Etat et si la déclaration de 1682 pose en règle la distinction du spirituel et du temporel, c'est uniquement pour assurer l'indépendance de l'autorité séculière. Dans ce système, la puissance civile a le droit de régler la discipline ecclésiastique et de veiller à l'exécution des canons. C'est le système régalien le plus absolu sans cependant aller au

1. Voy. Chénon. *L'Eglise catholique de 1715 à 1786*, dans Lavisse et Rambaud. *Histoire générale*, t. VII, chap. XVII, p. 818-820.



schisme. Les Parlements, en ordonnant de donner l'absolution ou la bénédiction nuptiale, ne font que veiller à l'observation des règles de l'Eglise. Magistrats du roi, ils exercent les pouvoirs de celui-ci en tant qu'il est évêque du dehors

Cette faculté pour les prêtres de refuser la bénédiction nuptiale leur donnait le pouvoir d'empêcher les mariages, car les princes, disait-on, n'ont pas voulu que le mariage de leurs sujets fût possible sans qu'il y ait sacrement. Certains auteurs et notamment Le Ridant paraissent admettre sans restriction le refus du prêtre fondé sur des considérations religieuses ; il n'y aurait donc de recours possible que si l'on prétendait que la décision du prêtre est mal fondée au point de vue religieux. Mais d'autres, au contraire, envisagent le prêtre comme le représentant de l'Etat et déclarent que « si, pour ne pas multiplier les formalités, la loi a choisi le ministre du sacrement pour être en même temps le dépositaire et l'un des témoins du contrat, il ne peut pas refuser ses fonctions, sans prévariquer contre l'espèce de magistrature qui lui est confiée ; si toutefois le contrat est revêtu de toutes les formes prescrites par le souverain. » (1)

Ce sont nos rois, dit-on, qui ont voulu qu'au mariage de tous leurs sujets fût joint le sacrement. Comme eux seuls ont pouvoir sur le mariage, ils peuvent décider que semblable condition ne sera plus requise (2). Alors les époux

1. *De l'autorité du clergé et du pouvoir du magistrat politique sur l'exercice des fonctions du ministère ecclésiastique*, 2e partie, chap. XI, sect. VII, t. II, p. 193.

2. On proposait notamment de supprimer l'exigence de l'intervention



pourront, s'ils le veulent, après l'échange des consentements s'adresser au prêtre pour recevoir le sacrement. On voit apparaître ici l'idée d'un mariage contracté d'abord au point de vue civil et sanctifié ensuite par l'intervention de l'Eglise. Cela fait songer à notre système moderne du double mariage, civil et religieux. Mais il y a au fond une différence capitale. Dans notre système moderne il y a deux mariages : chacun d'eux forme un tout ayant ses règles propres, ses conditions d'existence particulières. Dans l'organisation entrevue par nos anciens auteurs, il n'y a qu'un mariage, réglé uniquement par la puissance séculière. Le sacrement intervient seulement pour sanctifier l'union des époux : il ne se conçoit que s'il y a un mariage préexistant valable d'après les lois civiles. La doctrine de droit civil s'appuie ici sur une conception particulière de la nature du sacrement.

Le caractère théologique de l'explication présentée fait que les auteurs s'efforcent de s'appuyer sur la tradition. Ils invoquent une longue série de faits tendant à prouver que les princes ont exercé leurs droits sur le mariage. Ils citent aussi l'opinion des théologiens qui semblent favorables à leur sentiment. Launoy surtout s'est attaché à rassembler des autorités en sa faveur. Mais l'auteur des *Observations* sur son ouvrage et Gerbais ont prétendu qu'il avait faussement rapporté les opinions des auteurs par lui cités. Nous ne voulons pas rechercher quel appui ces autorités pouvaient

du prêtre pour le mariage des protestants. Le Ridant, dans la conclusion de son ouvrage avance même l'idée qu'on pourrait étendre cela aux catholiques qui ne sont pas dans les dispositions requises pour recevoir le sacrement.

fournir à la thèse défendue. Nous nous demanderons seulement si l'opinion de Launoy et de Le Ridant n'était pas en contradiction avec la doctrine de l'Eglise telle que l'avait formulée le Concile de Trente. Si la contradiction existait, la thèse proposée tombait, elle était notée d'hérésie. Aussi les auteurs ont-ils cherché à démontrer que leur opinion ne leur empêchait pas de rester bons catholiques.

Le Concile de Trente avait reconnu comme dogme de l'Eglise que le mariage est un sacrement (1). Launoy et Lorry se conformaient à cette décision. Mais Le Ridant prétendait que le mariage est un contrat et non un sacrement. La contradiction n'était-elle pas flagrante ? Le Ridant s'efforçait de l'écarter en disant que le canon I, session XXIV n'avait entendu parler que du sacrement de mariage. Le Concile voulait en affirmer l'existence et condamner l'opinion des protestants qui la niaient. Ce sacrement, Le Ridant l'admettait, mais il le distinguait du mariage lui-même formé par le consentement des parties. Une telle opinion pouvait être soutenue au XVIII^e^ siècle. Elle ne pourrait plus l'être aujourd'hui sans hérésie, la doctrine de l'identité du sacrement et du mariage des chrétiens ayant été depuis cette époque plusieurs fois formulée par les papes, notamment par Pie IX dans le Syllabus et par Léon XIII dans son Encyclique de 1880 sur le mariage civil et le divorce.

Une autre objection plus grave, s'adressant à tous les défenseurs du pouvoir exclusif de l'Etat était tirée du canon

1. Sess. XXIV, *De sacramento matrimonii*, can. I : Si quis dixerit matrimonium non esse vere et proprie unum ex septem legis evangelicæ sacramentis a Christo Domino institutum, sed ab hominibus in Ecclesia inventum neque gratiam conferre : anathema sit. — Adde, sess. VII, can. I.

IV, session XXIV (1). Celui-ci déclarait sous la sanction de l'anathème que l'Eglise a le droit d'établir des empêchements dirimants de mariage ; or c'est précisément ce droit qui était contesté. Pour échapper à l'anathème, Launoy disait que ce canon n'établit pas en réalité le pouvoir de la puissance spirituelle. Ce qu'il entend par l'Eglise, c'est l'ensemble des fidèles. Ceci posé, l'Eglise établit des empêchements dirimants lorsque les princes en édictent. Le but du canon a simplement été d'établir contre les hérétiques qu'une puissance humaine pouvait constituer des empêchements dirimants. Launoy ajoutait enfin que ceux-là se trompent qui, à cause de l'anathème pensent que la règle du Concile est de foi et non de discipline : l'anathème peut être apposé à une règle de discipline (2).

L'explication donnée par Launoy du mot « *Ecclesia* » ne trouva pas faveur. Elle fut vivement critiquée par l'auteur des *Observations* et par Gerbais (3). Ils firent remarquer que jamais ce mot n'avait été employé pour désigner les princes séculiers. Si par « *Eglise* » on désigne quelquefois des particuliers, c'est lorsque ceux-ci agissent au nom de l'autorité ecclésiastique, circonstance qui ne se rencontre point dans notre hypothèse. Le canon a voulu condamner la doctrine de Luther et de Calvin ; or c'était aux puissances ecclésiastiques que les deux réformateurs voulaient contester leurs droits.

1. Si quis dixerit ecclesiam non potuisse constituere impedimenta matrimonium dirimentia ; vel in his diffiniendis, errasse ; anathema sit. — Adde, sess. XXIV, can. III.

2. Launoy. *op. cit.*, 1re partie, art. IV, chap. IV, p. 291-296.

3. *In librum Launoii... observationes*, observ. IX, p. 199 et s. — Gerbais, *op. cit.*, 1re partie, 3e proposition, chap. IV, sect. VIII, § 1. p. 193 et s.

Pour ces raisons, l'explication du mot « *Ecclesia* » fournie par Launoy ne fut pas suivie. Denys Talon, dans son plaidoyer sur la thèse de L'Huillier et Le Ridant se rattachent à l'autre idée d'après laquelle le canon IV contient simplement une règle de discipline. Les décisions ayant pour objet de limiter les droits des princes temporels ne peuvent, dit-on, être des dogmes de foi. La discipline du Concile de Trente n'ayant pas été reçue en France, le canon IV ne peut être opposé (1).

Sans nous engager dans une discussion purement théologique, nous devons dire que l'explication ainsi donnée ne nous paraît pas satisfaisante. Le Concile de Trente a procédé de la façon suivante : Pour chaque matière, les règles de foi ont été énoncées dans des formules brèves qui expriment la proposition condamnée et prononcent l'anathème. Viennent ensuite, sous le titre de réformation et avec des développements plus étendus les règles de descipline. Or, le canon IV rentre dans la première catégorie. Il condamne une certaine opinion et prononce anathème contre qui la professera. Il détermine quelle est l'étendue du pouvoir de l'Eglise. Ce sont bien là, pensons-nous, les caractères d'un dogme de foi.

Règle de foi aussi, pensons-nous, celle que posait le canon XII de la même session sur la compétence des juges ecclésiastiques en matière matrimoniale (2). Le Ridant y

1. Le Ridant, *op. cit.*, l. III, chap. II, sect. XV, p. 440 et s. — Cpr. Tabaraud. *Principes sur la distinction du contrat et du sacrement de mariage*, chap. VIII et IX, p. 313-336, 380, 381, 411, 412.

2. Si quis dixerit causas matrimoniales non spectare ad judices ecclesiasticos : anathema sit.

voit encore une entreprise sur les droits de la couronne et lui dénie donc implicitement le caractère dogmatique. Pour lui la compétence de l'Eglise n'est ici fondée que sur une concession des princes.

Ceux qui écartaient si aisément les canons du Concile ne devaient pas être embarrassés par ce fait que les décrets de réforme avaient légiféré sur le mariage. Ils ne voyaient là que des entreprises de la part de l'Eglise sur le domaine de la puissance séculière, de simples actes d'usurpation. Ou, en sens contraire, ils estimaient qu'en posant ces règles, le Concile avait agi comme mandataire des princes.

La doctrine du pouvoir exclusif de l'Etat sur le mariage, défendue dans la seconde moitié du XVII[e] siècle par Denys Talon et Launoy, reprise vers le milieu du XVIII[e] siècle par Le Ridant et Lorry nous est indiquée comme étant alors l'opinion dominante par les auteurs du *Journal des savants* (mai 1764) (1). Rendant compte de l'ouvrage de Lorry, ils disent que son opinion sur la nature du sacrement de mariage est douteuse, mais que sa doctrine sur le pouvoir des princes est certaine et reconnue par un grand nombre de jurisconsultes, de canonistes et de théologiens.

Cependant il ne faudrait pas s'exagérer l'importance de cette appréciation. Il en résulte bien que l'opinion dominante était celle qui reconnaissait le pouvoir de l'Etat sur le mariage. Mais était-ce celle de Le Ridant qui ne voyait dans le mariage que le contrat civil auquel le sacrement s'ajoutait comme un accessoire ? On en peut douter, car nous savons que l'opinion du mariage à la fois contrat et

1. *Code matrimonial*, t. II, p. 923.

sacrement, soumis en même temps aux deux puissances fut soutenue vers la même époque par Durand de Maillane et Pothier. Mais ce qu'il faut remarquer, c'est que les deux doctrines se rapprochaient beaucoup l'une de l'autre pratiquement, au point de se confondre aux yeux de ceux qui ne remontaient pas à leurs points de départ respectifs. Des deux côtés on n'entendait point modifier l'état de fait actuel, troubler la possession de l'Eglise. On raisonnait au point de vue du droit pur. D'autre part, et cela est très important, Pothier tout en reconnaissant théoriquement le droit pour l'Eglise d'établir de nouveaux empêchements dirimants, pensait que ceux-ci n'auraient effet au point de vue civil que par la volonté des princes. Cela revenait pratiquement à dire qu'une condition irritante de mariage ne peut être établie que par l'autorité séculière. Cette solution commune aux deux doctrines était admise dans l'opinion générale ; c'est tout ce que le *Journal des savants* a voulu dire (1).

Le mouvement doctrinal que nous venons d'esquisser avait conduit l'esprit public à reconnaître le pouvoir du souverain temporel en notre matière. Il a ainsi préparé la voie au législateur qui devait plus tard réaliser la sécularisation du mariage. Nous aurons cependant à montrer que ce ne fut pas là toute l'origine de notre législation moderne

1. Dans la deuxième partie du XVIII[e] siècle, le clergé reconnaissait le pouvoir des princes sur le mariage. Malesherbes, dans son *Second mémoire sur le mariage des protestants*, p. 134 nous l'atteste en disant que « le clergé n'a jamais accusé Pothier de porter trop loin les droits de la puissance temporelle. » La doctrine des deux pouvoirs fut consacrée par l'Assemblée du Clergé dans la séance du 18 juillet 1785. *Procès verbal de l'assemblée générale du Clergé de France tenue à Paris en 1785*, p. 244-260.

et quelle différence profonde existe entre la sécularisation du mariage et la doctrine de Le Ridant. Mais avant d'en arriver là, il nous faut parcourir dans ses grandes lignes notre ancien droit matrimonial et rechercher quels principes ont été appliqués par les actes législatifs et judiciaires.

En le faisant, nous verrons grandir peu à peu le pouvoir de l'Etat et diminuer les attributions de l'Eglise. Nos rois, en suivant le mouvement doctrinal favorable à leur puissance, n'ont d'ailleurs jamais pris parti en faveur d'aucune doctrine, dans les préambules de leurs édits. Ils ne se réclamaient pas expressément de la distinction du contrat et du sacrement de mariage. Ils disaient parfois que les règles posées par eux visaient à assurer le respect dû à ce sacrement ; en même temps ils invoquaient l'intérêt de l'Etat. Souvent ils montraient la conformité de leurs décisions avec celles des conciles. Ainsi, ils apparaissaient à la fois comme prenant soin de la discipline de l'Eglise gallicane et comme réglant une matière civile.

Ils se gardaient bien, dans les préambules de leurs édits, de prendre parti dans la controverse doctrinale, car ils craignaient, soit de heurter directement les prétentions de l'Eglise, soit de compromettre le développement ultérieur de leurs attributions, suivant la théorie qu'ils auraient consacrée. Nous verrons notamment combien furent vagues et imprécises les reconnaissances qu'ils firent des attributions de la juridiction ecclésiastique en matière de mariage et comment elles laissèrent place aux empiètements des juges royaux.

## CHAPITRE II

### FORMATION DU MARIAGE.

Jusqu'au Concile de Trente, le mariage pouvait être contracté par le simple accord des volontés. La bénédiction nuptiale était une pratique pieuse, suivie dans la presque totalité des cas, requise sous la sanction de peines spirituelles sévères : elle n'était pas nécessaire pour la validité du mariage. Les mariages clandestins rendus ainsi possibles étaient dangereux parce qu'ils facilitaient les désordres et que la preuve en était parfois très difficile. Après un premier mariage clandestin, il pouvait arriver qu'on en contractât publiquement un second. Les preuves de la bigamie pouvaient manquer. Par suite, l'Eglise, par l'intermédiaire de l'official, déclarait valable la seconde union et ordonnait aux époux de remplir toutes les obligations qui en résultaient, tandis qu'au tribunal de la pénitence et par le ministère du confesseur, elle ne reconnaissait que le premier mariage, prescrivant de se séparer à ceux auxquels l'official venait d'ordonner la vie commune.

Le Concile de Trente, convoqué pour préciser la foi et réformer les mœurs, ne devait pas laisser subsister de tels

inconvénients. Le roi de France lui avait demandé d'exiger pour la validité des mariages l'intervention active du curé des parties. Le roi de France désirait qu'on rendît obligatoires les anciennes solennités des noces, c'est-à-dire la bénédiction nuptiale : on pourrait toutefois, pensait-il, se contenter pour des causes graves de la présence de témoins et du prêtre, celui-ci présidant au mariage (1).

Le Concile, tout en désirant proscrire pour l'avenir les mariages clandestins voulait restreindre le plus possible l'innovation afin de la rendre plus acceptable. Il pensait sans doute qu'exiger la bénédiction nuptiale pour les mariages *in extremis* c'était les rendre souvent impossibles. Aussi se borna-t-il à prescrire à peine de nullité la présence du curé et de deux ou trois témoins, tout en maintenant pour le passé la validité des mariages clandestins et en prononçant anathème contre qui douterait de cette validité. Il prescrivait en même temps de faire précéder les mariages de publications de bans. C'est l'objet du décret *Tametsi* (session XXIV, chap. I, *De reformatione matrimonii*).

Nous avons déjà indiqué que le Concile de Trente ne fut pas reçu en France. Les mariages clandestins y restaient donc possibles. Mais des mesures allaient être prises contre eux. Tant que le pouvoir royal ne fut pas intervenu, on

1. « Hoc etiam petit christianissimus rex, ut antiquissima nuptiarum solemnia hoc tempore restituantur, palamque et publice in ecclesia matrimonia celebrentur ; quod si aliquando propter magnam causam aliter fieri posse videtur, non prius tamen legitima esse censeantur, quam si huic sacro mysterio præfuerit parochus, vel presbyter tresque aut plures testes præsentes. » Theiner. *Acta genuina*, t. II, p. 316. Pallavicino. *Istoria del Concilio di Trento*, l. II, chap. I, nº 16, t. III, p. 599.

maintint la validité des mariages contractés par simples paroles de présent. C'est ce que fit le Parlement de Paris par arrêt du 11 décembre 1576. L'official de Soissons avait déclaré nul un mariage clandestin pour inobservation des règles prescrites par le Concile de Trente. Appel comme d'abus fut interjeté devant le Parlement de Paris. Celui-ci, sur les conclusions de l'avocat général Brisson déclara abusive la sentence de l'official de Soissons. Mais comme en contractant un tel mariage les parties avaient gravement péché envers les lois de l'Eglise, la Cour les renvoya devant l'évêque de Soissons, « pour y être procédé ainsi qu'il sera avisé » (1).

Le Clergé s'efforça de faire admettre la règle prudente du décret *Tametsi* (2). A l'assemblée de 1570, il présenta au roi Charles IX un cahier de remontrances dont l'art. 21 reproduisait les règles du Concile de Trente sur les mariages clandestins et proposait de les admettre. Les art. 22 et 23 présentaient également à l'approbation du roi les règles du Concile sur les empêchements de parenté spirituelle, d'*affinitas ex copula illicita*, d'honnêteté publique et du *tempus feriarum*. On évitait d'ailleurs de demander une réception proprement dite du Concile : on ne le nommait pas. Ces remontrances furent suivies, le 22 janvier 1574, de lettres

1. Le Prestre. *Questions notables de droit*, p. 373. — Louet. M. VI, t. II, p. 128.

2. Cette règle est reproduite par les Conciles de Reims en 1583, de Bordeaux en 1583, de Bourges en 1584, de Narbonne en 1609. Le Concile de Rouen tenu en 1581 dit qu'il désirerait que le décret du Concile de Trente sur les mariages clandestins fût publié. Il prononce des peines contre ceux qui se marieront clandestinement et contre les prêtres qui célèbreront de tels mariages. *Mémoires du clergé*, t. V, p. 655-688.

patentes de Charles IX qui adoptaient les règles proposées. Mais ces lettres ne furent enregistrées dans aucune Cour (1).

La réforme fut retardée juspu'en 1579 et elle prit alors un caractère un peu différent. Elle fut d'abord moins générale, en ce sens qu'elle ne s'occupa point des empêchements de parenté spirituelle, d'honnêteté publique, etc. D'autre part les règles admises furent un peu différentes de celles posées par le Concile.

L'ordonnance de Blois de 1579, dans son art. 40, décide qu'à l'avenir les mariages devront être contractés publiquement après trois publications précédentes de bans. Quatre témoins devront assister au mariage. L'ordonnance n'exige point la présence du propre curé des parties. L'art. 44 interdit aux notaires de recevoir des promesses de mariage par paroles de présent.

En quelle qualité agissait le roi de France en rendant cette ordonnance ? Il est assez difficile de le préciser. Il ne s'agissait pas là d'une réception partielle du Concile de Trente, car les solutions données n'étaient pas identiques. Et toutefois, l'existence des règles du Concile ne fut pas sans influence sur la rédaction de l'ordonnance. C'était le même but qui était poursuivi de part et d'autre : invalider les mariages clandestins. Il est, de plus, probable que si l'autorité ecclésiastique n'avait pas commencé, si le décret *Tametsi* n'avait pas été voté, le pouvoir royal n'aurait pas osé prendre sur lui l'initiative d'annuler ces mariages. Nous nous rappellons ses hésitations de 1556 et de 1563. Dans cette même ordonnance de Blois, il frappe de peines les

1. *Code matrimonial*, t. I, p. 183-185.

enfants de famille qui se marient sans le consentement de leurs parents : il n'ose pas prononcer pour ces mariages la nullité que le Concile n'avait pas admise. A l'égard des mariages clandestins, il se sent plus à l'aise, car il a devant lui l'exemple de ce qu'a fait l'autorité ecclésiastique. Mais cela ne montre pas en quelle qualité agissait le roi de France.

Avait-il seulement en vue les effets civils du mariage ? C'est l'idée qui se dégage d'un opuscule de Pierre Pithou (1). En 1581, le pape Grégoire XIII demanda à Henri III de révoquer l'ordonnance de Blois comme injuste et inique en tant qu'elle dispose de choses ecclésiastiques, même pour ce qui est réglé par le Concile de Trente. En réponse à cette réclamation, Pithou déclare que le roi, dans son édit, n'a rien ordonné quant à la doctrine, car celle-ci n'est pas de sa compétence. Pour la discipline, ce qu'il a ordonné est conforme aux constitutions canoniques reçues dans le royaume ; on ne doit pas s'étonner s'il a prêté son bras séculier à cette discipline. Relativement à l'art. 40, il dit que les causes de mariage concernant les effets civils sont du domaine du prince temporel. « Cependant, ajoute-t-il, nous reconnaissons aussi sans difficulté que le droit du lien de mariage en soi, quand il est seulement question s'il doit tenir ou non, en tant qu'il est mystère et sacrement, est matière pure ecclésiastique. Aussi le roi très Chrétien en usant par son édit de ces mots *ne peuvent valablement contracter*, n'a entendu disposer du sacrement et de la validité ou invalidité d'iceluy devant Dieu et son Eglise, mais rece-

1. *Divers opuscules tirés des mémoires de Loisel, auxquels sont joints quelques ouvrages de MM. Baptiste du Mesnil, Pierre Pithou*, p. 343-352.

vant et embrassant ce qui a été enfin avisé et résolu même par le Concile de Trente, il a voulu autoriser, en tant qu'à lui est, ce saint décret par les moyens qui sont en sa puissance séculière, comme est l'obligation des biens et des conventions matrimoniales, etc. » D'après cette explication, les règles du Concile s'appliqueraient quant au lien, celles de l'ordonnance quant aux effets civils. C'est là, nous semble-t-il, une solution peu satisfaisante. Il était de règle que la discipline du Concile ne pouvait être obligatoire en France que si elle avait été reçue par l'autorité royale. Or il n'y avait pas eu de réception : l'ordonnance de Blois n'en était pas une puisque ses règles différaient de celles du décret *Tametsi*. A supposer que l'ordonnance ne touchât qu'aux effets civils, il aurait fallu dire que, quant au lien, les mariages clandestins restaient valables : ce ne fut jamais admis. En disant même qu'elle contenait une acceptation implicite des décisions du Concile de Trente sur notre matière, on aurait dû en conclure que, les règles posées de part et d'autre n'étant pas identiques, tel mariage jugé valable quant au lien serait considéré comme non valablement contracté quant aux effets civils et réciproquement. Or les auteurs et les arrêts ne paraissent pas avoir fait une semblable distinction.

Nous pensons que l'ordonnance de Blois ne prononce pas une simple privation d'effets civils, mais statue sur une question de validité de mariage. Il nous semble que le roi a voulu faire ce qu'il avait déjà accordé en 1574, c'est-à-dire frapper de nullité les mariages clandestins. Etait-ce de sa part une revendication du droit pour la puissance séculière de régler le mariage ? Grégoire XIII l'a cru et a pro-

testé. Le Clergé, dans son assemblée de 1585-1586 manifesta les mêmes sentiments (1). Parlant en son nom l'évêque de Vienne réclama auprès du Procureur général contre l'art. 40 de l'ordonnance « en tant que par ce mot *valablement* le roi semblait vouloir connaître de la question *fœderis matrimonii*, ce qui n'appartient qu'aux juges d'Eglise. » Nous ne pensons pas cependant que le roi ait voulu affirmer par là que le mariage est du domaine de l'autorité séculière. Nous avons vu qu'au XVI^e^ siècle, on ne réclamait pas pour le prince la législation du mariage. Pour nous, le roi a voulu agir comme réglant la discipline de l'Eglise gallicane. Dans notre ancien droit, en effet, — et c'est là ce qui rend souvent si obscurs et si complexes les rapports de l'Eglise et de l'Etat, — les deux puissances sont étroitement unies. Le roi a le droit de combler les lacunes des règles existantes en statuant sur la discipline ecclésiastique. En édictant l'ordonnance de Blois, il a posé des règles qui lui semblaient bonnes sans rechercher quelle était leur nature. On y trouve des règles de pure discipline ecclésiastique et d'autres visant des matières temporelles. Le roi, en proscrivant les mariages clandestins ne s'est peut-être pas demandé dans quelle catégorie rentraient les règles sur cet objet : mais il avait le droit de les poser en réglant la discipline de l'Eglise gallicane (2).

Les dispositions de l'ordonnance de Blois sur les mariages clandestins furent confirmées et complétées dans la suite

1. *Collection des procès-verbaux des assemblées générales du clergé de France*, t. I, p. 322, 323.

2. Le Vayer de Boutigny, *op. cit.*, 1^re^ partie, dissertat. V. p. 161-163 ; 2^e^ partie, dissertat. I, p. 210.



par plusieurs actes royaux (1). Parmi ceux-ci, nous relevons la disposition bien significative de l'art. 12 de l'édit de décembre 1606. Cet édit fut rendu à la suite de l'assemblée du Clergé de 1605 (2). L'art. 27 des remontrances du Clergé demandait d'abord au roi de défendre à ses officiers de prendre connaissance des causes matrimoniales; ensuite de préciser les mesures prises contre les mariages clandestins. Le roi dans sa réponse déclara que les causes matrimoniales sont de la compétence des juges d'Eglise. Il ajouta que ceux-ci « seront tenus de garder les ordonnances de Blois, même en l'art. 40, et suivant icelui, déclarer les mariages qui n'auraient pas été faits et célébrés dans l'Eglise et avec la forme et solennité requise par ledit article, nuls et non valablement contractés, comme étant cette peine indicte par les saincts conciles. » L'art. 12 de l'édit de 1606 formula les mêmes règles. Cette disposition nous montre qu'il s'agit ici d'une nullité quant au lien et non d'une simple privation d'effets civils. En effet, les juges ecclésiastiques n'étaient compétents que *de fœdere matrimonii ;* il fallait bien que l'art. 40 visât une question de lien pour qu'on les déclarât tenus de l'appliquer.

D'autre part, nous voyons ici une confirmation de l'idée d'après laquelle, si le Concile n'avait pas frappé de nullité les mariages clandestins, nos rois n'auraient pas osé prendre cette initiative. L'art. 27 des remontrances demandait au roi de statuer conformément à la disposition du Concile.

1. Edit de février 1580 ; ordonnance de décembre 1606, art. 12 ; ordonnance de janvier 1629, art. 39 ; déclaration du 26 novembre 1639, art. 1 ; édit de mars 1697 ; déclaration de juin 1697.

2. *Mémoires du clergé*, t. V, p. 690, 691.

En outre la réponse faite aux doléances du clergé indique expressément que la nullité est une « peine indicte par les conciles » Cela vient à l'appui de l'opinion d'aprés laquelle l'art. 40 contient une réglementation d'un point de discipline ecclésiastique. Si le prince avait agi comme un magistrat purement civil qui prétend exercer un droit qui n'appartient qu'à lui, il eût été inutile d'invoquer que les conciles avaient établi la nullité. S'il pensait, au contraire, régler la discipline de l'Eglise gallicane, il était naturel de montrer la conformité de sa décision avec celle des conciles.

De même qu'en 1606, le roi, en 1629, confirma l'art. 40 de l'ordonnance de Blois ; il prononçait que les mariages clandestins seraient déclarés non valablement contractés : en cela il prétendait ajouter à l'art. 40. Il disait enfin que les juges ecclésiastiques seraient tenus de suivre cet art. 40 pour le jugement des causes matrimoniales. Mais le clergé ne laissa point passer sans protester ces dispositions. Il déclara que les mots « *non valablement contractés* » ne devaient être relatifs qu'au contrat civil et non au sacrement de mariage. Il ajouta en second lieu qu'on ne devait pas obliger les juges ecclésiastiques à juger les mariages conformément aux ordonnances, mais d'après les décrets et constitutions de l'Eglise, « car la juridiction laïque ne peut pas donner la loi aux juges ecclésiastiques en matière spirituelle ». Les commissaires nommés par le roi pour examiner les doléances du clergé furent d'avis, sur le premier point que les mots « non valablement contractés » ne regardaient que le contrat civil. La seconde réclamation fut trouvée juste (1). On en resta là, car l'ordonnance de 1629 sou-

1. *Mémoires du clergé*, t. V, p. 692.

leva par ailleurs une vive opposition de la part des Parlements : après la chute de son auteur, le chancelier Michel de Marillac, elle tomba en discrédit et on ne la cita plus au Palais. La réponse faite au clergé resta sans effet. Dans la suite nos rois précisèrent les règles sur les mariages clandestins. Les Parlements faisaient bonne garde pour empêcher les juges ecclésiastiques de s'en écarter.

Dans leurs actes postérieurs nos princes ne paraissent pas d'ailleurs parler exclusivement comme faisant une loi civile. Ils invoquent à la fois les décisions des conciles, la nécessité de ne pas laisser profaner le sacrement, et l'intérêt qu'a la société à régler le mariage.

La législation royale ne fut pas toujours en parfaite harmonie avec les règles canoniques. Le Concile de Trente et l'ordonnance de Blois prescrivaient que le mariage devait être précédé de trois publications de bans. Mais la sanction n'était pas la même. La Congrégation établie pour l'interprétation du Concile refusa de voir dans le défaut de bans une cause de nullité du mariage. En France, la jurisprudence varia pour l'application de l'ordonnance de Blois. On décida d'abord que le défaut de bans entachait le mariage de nullité. Dans la suite, la jurisprudence changea et à partir du milieu du XVIIe siècle, elle ne maintint cette exigence qu'à l'égard des mineurs.

Cette différence entre le Concile et l'ordonnance était souvent rattachée à une autre. D'après le décret *Tametsi*, les évêques pouvaient dispenser des trois publications quand ils le jugeaient à propos. L'ordonnance voulait qu'il y eût toujours au moins une publication. Le Clergé de France

suivit d'abord cette deuxième règle (1). Mais dans la suite, cette rigueur ne fut plus admise et la dispense des trois bans fut reconnue possible par le Parlement de Paris (2). Pour les mineurs, la dispense ne pouvait être accordée que du consentement de leurs parents.

Les Parlements se rendaient bien compte de cette différence, et lorsqu'ils avaient à appliquer le Concile et non l'ordonnance, il n'exigeaient pas la publication des bans pour la validité du mariage (3).

Les bans étaient publiés par le curé. Un empiètement sur ses droits fut tenté. Il arriva parfois qu'un curé ayant refusé de publier des bans, un sergent royal se crut le droit, sur la demande des parties, de procéder à ces publications. Le sergent agissait même quelquefois sur l'ordre du prévôt. Cet abus fut réprimé. Les assemblées du Clergé chargèrent leurs agents de s'opposer à de semblables entreprises et les Parlements firent défense aux huissiers et autres officiers de justice de faire de semblables publications. Les contrevenants furent sévèrement punis (4).

Pour la célébration du mariage, le décret *Tametsi* exigeait la présence du curé des parties ou d'un prêtre autorisé par le curé, et de deux ou trois témoins. L'ordonnance de

1. Règlement des officialités fait par l'assemblée générale du Clergé de France. — 9. Ne pourront les curés ou leurs vicaires célébrer aucun mariage, sans qu'il leur soit apparu de la publication de trois bans,... sans que l'on puisse dispenser aucun de la publication de tous les bans ; mais bien d'un ou deux pour cause légitime. *Mémoires du clergé*, t. VII, p. 654.

2. *Conférences de Paris*, t. I, l. IV, conf. II, § I et II, p. 225-227.

3. *Mémoires du clergé*, t. V, p. 829-832.

4. *Procès-verbaux des assemblées du clergé*, t. IV, p. 303 ; *Mémoires du clergé*, t. V, p. 1123 ; Pothier. *Contrat de mariage*, n° 71.

Blois, par son art. 40, exige une célébration publique et la présence de quatre témoins ; mais elle n'impose pas la présence d'un prêtre. Ce fut même l'objet d'une critique de la part de l'assemblée du Clergé de 1585-1586 (1). Mais on admit de bonne heure que la présence d'un prêtre était nécessaire, et, dans la suite, la législation royale se rapprocha davantage du Concile en exigeant la présence du propre curé des parties. Il fallait dès lors se demander quel était le rôle du prêtre dans la célébration du mariage.

Cette question est double. Nous devrons d'abord rechercher si le prêtre était un simple témoin ou s'il avait un rôle actif. Nous examinerons ensuite s'il apparaissait seulement comme ministre de la religion ou s'il était aussi le représentant de l'Etat.

D'après le Concile de Trente, le prêtre assistant au mariage n'est qu'un témoin. Sans doute, s'il donne la bénédiction nuptiale — comme il arrivera le plus souvent — il a un rôle actif. Mais cela n'est pas nécessaire à la validité du mariage. Pour la formation de celui-ci la présence du prêtre suffit. Le mariage sera valable par cela seul que les con-

1. L'évêque de Vienne rapporta avoir dit au Procureur général que l'art. 40 de l'ordonnance de Blois présentait trois fautes. La troisième était « qu'au lieu du curé ou du vicaire, ou d'autres prêtres commis de l'évêque, ainsi qu'il est porté par le décret du saint Concile comme une forme nécessaire et essentielle, il y met quatre témoins. » *Procès-verbaux des assemblées du Clergé*, t. I, p. 322, 323. — Le texte de l'art. 40 donné dans le *Code du roy Henry de Barnabé Brisson, complété par Charondas le Caron*, l. VI, titre II, p. 156, exige l'assistance « du curé parochial ». Mais ces derniers mots ne se retrouvent dans aucun des autres textes de l'ordonnance par nous consultés. L'observation de l'assemblée du Clergé nous paraît d'ailleurs impliquer que le texte donné par le *Code du roy Henry* n'est pas exact.

sentements auront été échangés devant le curé, même si celui-ci a été surpris, même s'il a protesté. C'est la solution admise par la Congrégation du Concile. Elle est bien conforme aux termes du décret qui exige seulement que le mariage soit contracté « *præsente parocho* ».

En France on n'exigea pas plus au début. La déclaration de 1639 dit bien que le curé « recevra les consentements des parties et les conjoindra en mariage », mais elle ajoute « suivant la forme pratiquée en l'Eglise ». L'intervention active du prêtre n'étant pas requise par la loi ecclésiastique ne l'est donc pas non plus par la loi séculière (1).

Cette législation amena des abus. On se maria parfois par simple échange des consentements en présence d'un prêtre. L'art. 44 de l'ordonnance de Blois avait bien défendu aux notaires de recevoir des promesses de mariage par paroles de présent. On tourna cette disposition de la façon suivante : les parties surprenaient le prêtre dans son église et déclaraient devant lui se prendre comme époux : un notaire dressait acte de ce qui s'était passé. C'est ce qu'on appela les mariages à la Gaumine.

1. On a cru voir cependant dans la déclaration de 1639 le premier acte qui donne au prêtre un rôle actif. On a dit que là se trouve l'origine de notre célébration moderne du mariage et que cet acte marque une grande ligne de démarcation entre le droit canon et le droit civil en matière matrimoniale. Cette appréciation nous semble exagérée. La déclaration de 1639, dans ses termes, n'exige pas à peine de nullité l'intervention active du prêtre. Elle réclame cette intervention suivant la forme pratiquée en l'Eglise. Or d'après les lois de l'Eglise, le concours actif du prêtre n'est pas nécessaire. Le Concile de Trente dit aussi que le prêtre après avoir interrogé les parties dira : « *Ego vos in matrimonium conjugo.* » Mais ni dans le décret, ni dans l'ordonnance l'intervention active du prêtre n'est prescrite sous peine de nullité. Cpr. Paoli. *Etude sur les origines du mariage civil*, p. 99, 100.

Pendant longtemps ces mariages furent reconnus valables. Il ne semble même pas que l'on pensât au droit pour le roi de les annuler. On prit seulement des mesures pénales en vue de les empêcher. Défense était faite aux notaires d'y prêter leur concours (1). Le Clergé demanda au roi d'intervenir et de remédier à cet abus. L'assemblée de 1680 présenta sur ce point un programme précis (2). L'art. 11 des remontrances disait d'abord que trois sortes de personnes contractent mariage dans cette forme : 1° ceux au mariage desquels on a formé opposition ; 2° les enfants de famille qui n'ont pas le consentement de leurs parents ; 3° les catholiques qui veulent épouser des personnes de la R. P. R. Le clergé demandait au roi de défendre de contracter mariage de cette façon. Comme sanction, le roi devrait prononcer la privation des effets civils et des peines proprement dites contre les parties, les notaires et les témoins. Tout cela montre bien que la validité de ces mariages ne faisait pas de doute pour le Clergé. Il est à remarquer que le Clergé ne demandait pas au roi de prononcer la nullité de ces unions, sanction qui cependant aurait été plus simple et plus efficace. C'est là, pensons-nous, une indication précieuse sur ses sentiments ; cela nous montre qu'il hésitait à reconnaître au roi le droit d'établir une nullité que le Concile n'avait pas admise.

Ce fut le Parlement qui porta le coup décisif aux mariages à la Gaumine. A la fin du XVII^e siècle, sa jurisprudence se

1. Voy. Desforges. *Formation du mariage*, p. 154-159.

2. *Code matrimonial*, t. I, p. 187, 188. La même demande fut faite par l'assemblée de 1670 et par celle de 1675. *Mémoires du clergé*, t. V, p. 717, 718.

forma en ce sens que la bénédiction nuptiale, c'est-à-dire l'assistance active du prêtre, était essentielle à la formation du mariage. Le Parlement de Paris jugea en ce sens par arrêt du 12 août 1698 (1).

Il en résulta une nouvelle différence entre la doctrine gallicane et la doctrine ultramontaine. Celle-ci semble plus favorable que l'autre aux chrétiens dissidents. Exiger en effet que les hérétiques viennent échanger leurs consentements au mariage devant le curé, simple témoin, ce n'était pas porter atteinte à leurs croyances. Dire qu'ils ne seront mariés qu'après la bénédiction nuptiale, c'était au contraire exiger d'eux un acte formel d'adhésion à l'Eglise catholique et les exposer au refus d'assistance du curé.

On peut s'étonner que nos Parlements, si attachés à combattre les prétentions de l'Eglise, n'aient pas été plus favorables à une forme de mariage civil qui se présentait spontanément à eux. La raison qui dicta leur solution, c'est que les anciens défenseurs du pouvoir civil n'envisageaient guère que le point de vue des empêchements et celui de la juridiction. Ils ne pensaient pas à une célébration civile du mariage. Il y avait aussi un autre motif. Des actes royaux antérieurs avaient défendu les mariages à la Gaumine et prononcé des peines contre les notaires qui y prêteraient leur concours. Le Parlement devait en tenir compte. Ne pouvant les effacer, il les compléta en ajoutant la sanction la plus naturelle et la plus efficace, la nullité.

La présence du prêtre au mariage soit comme témoin,

1. Guy du Rousseaud de Lacombe. *Recueil de jurisprudence*, v° mariage, p. 451.

soit comme jouant un rôle actif donne lieu à une autre question. Il s'agit de savoir s'il est ministre de la religion ou représentant du pouvoir civil. Ministre de l'Eglise, il l'est assurément, le Concile de Trente ne l'a même considéré que comme tel. Représentant du pouvoir civil, c'est beaucoup plus douteux. Au XVIe siècle on peut même dire qu'il n'apparaît pas avec ce caractère. Nous avons vu en effet qu'à cette époque le mariage est considéré comme soumis uniquement à l'Eglise. L'Etat n'a pas besoin d'être représenté dans un acte purement religieux. Dans la suite on admettra pour l'autorité civile une compétence plus ou moins étendue sur le mariage : on conçoit qu'alors la question se pose de savoir si l'Etat n'a pas, lors de la formation du mariage, un représentant dans la personne du prêtre.

Si le prêtre jouait le rôle de magistrat civil, le pouvoir séculier pouvait lui donner des ordres et le punir s'il ne les exécutait pas. De fait, c'est ce qui arriva. L'autorité séculière, par plusieurs actes, prescrivit aux curés de ne célébrer que les mariages de leurs paroissiens, de s'assurer du consentement des parents si les futurs époux étaient mineurs, etc. Des peines sévères devaient être infligées aux contrevenants. Mais tout cela n'établit pas que le curé ait été le représentant du pouvoir civil. Le roi pouvait aussi bien prendre ces mesures comme réglant la discipline de l'Eglise gallicane que comme exercant le pouvoir purement civil. Nous nous retrouvons toujours en face de cette union intime de l'Eglise et de l'Etat qui rend si difficile la délimitation des attributions des deux autorités.

Si le prêtre joue le rôle de magistrat civil, la justice royale chargée de veiller à l'exécution des ordonnances

pourra, le cas échéant, lui ordonner de célébrer tel mariage et user de mesures de rigueur en cas de refus. C'est en effet ce qui arriva. Mais n'allons-nous pas dire comme précédemment qu'en ordonnant à un prêtre de publier des bans ou de célébrer un mariage, les tribunaux veillaient à l'observation exacte de la discipline ecclésiastique? Un peu plus de précision devient possible sur ce point.

Les juges royaux inférieurs s'avisèrent parfois de donner ordre aux curés de célébrer certains mariages. C'est ce que fit notamment une sentence de la Prévôté de Vitry du 22 février 1690. En cas de refus persistant du prêtre on prenait envers lui des mesures de rigueur, par exemple en saisissant son temporel. Quelquefois, pour arriver quand même à la célébration du mariage, le juge royal ordonnait de faire un mariage à la Gaumine. C'est ce que fit le Prévôt de Vitry. Il ordonna à des notaires de donner acte des consentements échangés devant le prêtre.

Un semblable contrôle des juges royaux aurait impliqué que le curé remplissait les fonctions de magistrat civil. S'il n'était considéré que comme prêtre, l'action des juges royaux inférieurs ne se comprenait plus, car le soin de maintenir la discipline de l'Eglise gallicane n'appartenait, dans l'ordre des juridictions séculières, qu'au Parlement par la voie de l'appel comme d'abus.

Il se trouva justement que nos Parlements refusèrent cette compétence aux juges royaux inférieurs. Le Parlement de Paris, par arrêt du 10 juin 1692, cassa la sentence du Prévôt de Vitry. L'avocat général de Lamoignon, conformément aux conclusions duquel l'arrêt fut rendu, déclara « que les juges royaux étaient absolument incompétents de con-

naître du cas en question et que ce cas était de la compétence des seuls juges d'Eglise ». Il dit que les juges royaux ne pouvant ordonner à un curé de célébrer un mariage, les parties devaient sur le refus du curé se pourvoir pardevant l'official, et par appel par-devant le Métropolitain et en cas d'abus, par appel au Parlement (1). Le Parlement de Toulouse, par arrêt du 18 juin 1749, statua dans le même sens en cassant deux ordonnances du sénéchal de Béziers du 15 février 1745 et du 24 avril 1747 par lesquelles il était enjoint à des curés de célébrer certains mariages. La Cour fit en même temps défense au sénéchal de Béziers et à tous autres officiers royaux de rendre de semblables ordonnances (2).

En même temps qu'ils refusaient aux juges royaux inférieurs la faculté d'ordonner aux prêtres de participer à la célébration des mariages, les Parlements usaient de ce droit. Lamoignon le disait en 1690. Mais avant lui déjà, le Parlement de Rennes, dans des arrêts d'octobre 1624 et de juin 1625, avait ordonné à un prêtre de marier certaines personnes et, sur son refus, l'avait fait emprisonner : mesures qui soulevèrent les protestations du Clergé (3). En agissant ainsi, les Parlements ont veillé sur la discipline de l'Eglise gallicane et ont considéré le prêtre comme ministre religieux. En effet ils admettent au premier degré la compétence de la juridiction ecclésiastique et repoussent les prétentions des juges civils : solution difficilement accepta-

1. *Journal des audiences*, t. IV, l. VII, chap. XVIII, p. 447-451.
2. *Code matrimonial*, t. II, p. 893.
3. *Procès-verbaux des assemblées du Clergé*, t. II, p. 485, 490, 494.

ble si le prêtre étant le représentant de l'Etat, il s'agissait d'appliquer des lois purement séculières (1).

Nos anciens auteurs n'ont guère cherché si le prêtre jouait dans le mariage le rôle de magistrat civil. Ce qui les frappe, c'est son caractère ecclésiastique. Le Ridant et les défenseurs du droit des princes disent que nos rois n'ont pas voulu que le mariage de leurs sujets fût possible sans sacrement. Par suite, il appartient à l'Eglise de régler les formes du mariage. Il semble donc que le prêtre soit seulement le ministre de la religion. Le Ridant voit dans le prêtre le ministre du sacrement : pour lui, c'est le consentement des parties qui fait le mariage. Le prêtre ne lui apparaît donc qu'avec son caractère religieux. Aussi lui reconnaît-il le droit de refuser le sacrement — et par suite d'empêcher le mariage — si les futurs époux qui se présentent pour le recevoir « n'apportent pas les dispositions de cœur nécessaires pour attirer sur eux les grâces qui y sont attachées ». Le prêtre peut être déterminé par des raisons

1. On a vu parfois (Paoli. *Etude sur les origines du mariage civil*, p. 28) dans cette compétence des Parlements une grave atteinte à l'ordre spirituel. Nous ne contestons pas cette atteinte, mais il n'y a là rien de particulier au mariage. Ce n'est que l'application pure et simple des principes de notre ancien droit public sur l'union de l'Eglise et de l'Etat avec prépondérance de l'autorité royale. Nous savons que les Parlements firent application des mêmes principes à la confession et à la communion, sacrements qui cependant n'ont pas d'effets civils. Nous estimons que dans cet état du droit les Parlements ne pouvaient pas, sur le point qui nous occupe, adopter une jurisprudence plus favorable à l'autorité ecclésiastique. Il ne pouvait être question de supprimer l'appel comme d'abus dans notre hypothèse. La mesure la plus favorable à l'Eglise consistait à considérer le prêtre comme ministre de la religion et à le soumettre à la juridiction de l'évêque, non à celle des juges royaux inférieurs. C'est ce qui fut réalisé.

purement religieuses et refuser ainsi le sacrement en l'absence de tout empêchement admis par la loi civile. S'il était magistrat civil, on ne pourrait lui reconnaître un tel droit : il serait punissable pour ce refus. Sans doute le Parlement peut lui ordonner de célébrer certains mariages ; mais c'est qu'alors il reconnaît qu'en ne se prêtant pas à la célébration de ces unions, le prêtre ne s'est pas conformé aux règles de la discipline ecclésiastique.

Dans la seconde moitié du XVIII[e] siècle, il semble que l'auteur de l'ouvrage intitulé *De l'autorité du clergé et du pouvoir du magistrat politique sur l'exercice des fonctions du ministère ecclésiastique*, ait aperçu dans le prêtre la qualité de représentant de l'Etat. Il dit que la loi ayant fait du ministre du sacrement le dépositaire et l'un des témoins du contrat civil, le prêtre « ne peut refuser ses fonctions sans prévariquer contre l'espèce de magistrature qui lui est confiée, si toutefois le contrat est revêtu de toutes les formes prescrites par le souverain ». Il déclare que le prêtre est ici « le ministre et le magistrat que la loi a librement choisi... Il ne peut donc refuser son ministère que du consentement de cette même loi, qui a remis sa force coactive entre les mains du magistrat séculier ». Si ceux qui se présentent pour contracter mariage ont « en conséquence des dispositions de la loi quelque incapacité personnelle ou s'ils sont astreints à quelque formalité qu'ils n'ont pas remplie, le prêtre doit refuser son ministère... Si son refus n'est fondé que sur de vains scrupules ou sur des motifs frivoles, la justice s'arme, pour le forcer à les sacrifier et le contraindre à s'acquitter des fonctions qu'elle lui a con-

fiées. » (1) L'auteur ne nous indique pas dans quels cas il considérerait comme frivoles les motifs de refus du prêtre. Sa doctrine générale nous porterait à croire qu'il rangerait dans cette catégorie les raisons d'ordre religieux. C'est qu'en effet, il nous montre surtout le prêtre comme le représentant de l'Etat, soumis comme tel aux lois séculières.

Le curé qui assistait au mariage en dressait un acte destiné à en faire la preuve. C'était une pratique ancienne dont le Concile de Trente fit une obligation aux prêtres. L'art. 181 de l'ordonnance de Blois reproduisait la même règle. Mais l'acte ainsi dressé n'était qu'un moyen de preuve commode, mis à la disposition des intéressés et n'excluant pas les autres. Au contraire, à partir de l'ordonnance de 1667, la preuve du mariage ne fut en principe possible que par les registres. En 1736, une déclaration royale règle la forme des registres et des extraits qui en sont délivrés. Les actes, dressés à l'origine pour constater le baptême, la bénédiction nuptiale, la sépulture ecclésiastique, apparaissent de plus en plus comme établissant l'état civil des personnes. Aussi le pouvoir royal veille-t-il à leur bonne tenue. En même temps, le caractère religieux du prêtre apparaît moins et l'on est de plus en plus disposé à voir en lui un officier public.

Les mariages ne pouvant plus être prouvés que par les

1. *De l'autorité du clergé et du pouvoir du magistrat politique...*, 2e partie, chap. XI, sect. VII, t. II, p. 191-198. — Malesherbes. *Mémoire sur le mariage des protestants, fait en* 1785, p. 28, 29, 96, 97. — *Mémoire* de M. Joly de Fleury, imprimé à la suite du premier *Mémoire* de Malesherbes, p. 173 : « Il suffit d'observer, par rapport au mariage, que suivant tous les principes, le refus de ce sacrement est totalement subordonné à l'autorité du magistrat. » Cpr. p. 183, 184.





mentions des registres, c'est une différence entre le droit du Concile et celui des ordonnances. Nous en avons déjà signalé d'autres quant à la célébration du mariage. A raison de ces différences, il nous semble exagéré de dire que nos rois ont reçu les décisions du Concile sur les mariages clandestins. Cependant nos anciens auteurs et même nos rois dans leurs édits ont souvent déclaré que ces règles du Concile avaient été autorisées par les ordonnances (1). La déclaration du 13 décembre 1698 prescrit notamment aux nouveaux convertis de se conformer aux canons du dernier concile pour contracter mariage. Il nous semble plus exact de dire que nos rois ont seulement adopté le principe posé par le Concile, à savoir la nullité des mariages clandestins. Ils invoquent l'autorité du Concile parce qu'ils n'osent pas encore regarder le droit d'établir un empêchement dirimant comme un de leurs attributs. Ils prononcent la nullité des mariages clandestins parce que le Concile leur en a donné l'exemple. Mais pour le reste, ils posent bien des règles spéciales qui diffèrent de celles du décret *Tametsi*. Ils repoussent la discipline posée pour l'Eglise catholique et établissent celle de l'Eglise gallicane. Il n'y a donc pas, à proprement parler, une réception des règles de la session XXIV sur les mariages clandestins (2).

1. Voy. notamment : ordonnance de 1579, art. 40 ; préambule de l'édit de mars 1697 ; déclaration du 14 mai 1724, art. 14. — *In librum Launoii... observationes*, observ. VI, p. 122, 123. — Conclusions de l'avocat général Bignon dans une affaire jugée par arrêt du 11 août 1629. *Code matrimonial*, t. I, p. 265.

2. Launoi, *op. cit.*, 1re partie, art. IV, chap. V, p. 303 : « Henricus III, Galliæ rex maluit in Blesensibus conciliis legem statuere qua clandestina matrimonia declararentur irrita, quam Tridentino decreto vim legis-

Une des raisons invoquées par Dumoulin contre la réception du Concile était que celui-ci, exigeant la présence du curé au mariage était en opposition avec les édits de pacification accordés en France aux protestants. Lorsqu'en effet l'Eglise prétend régler les mariages, elle ne s'occupe pas seulement de ceux des catholiques ; elle veut aussi connaître de ceux des hérétiques. L'Eglise n'admet pas que ceux qui ont été baptisés puissent échapper à son pouvoir. La qualité de chrétiens est indélébile et la rébellion ne peut soustraire ceux qui l'ont à l'autorité ecclésiastique. C'est le principe de l'allégeance perpétuelle en matière religieuse. Par suite le mariage des hérétiques. des protestants notamment, est un sacrement, alors même que ceux-ci ne lui reconnaissent pas cette qualité : il doit être soumis à l'autorité de l'Eglise catholique. Que résulte-t-il de ces principes combinés avec les nouvelles règles sur les mariages clandestins ? L'impossibilité du mariage des hérétiques. Ceux-ci en effet se refuseront à recourir aux prêtres catholiques pour se marier : ils s'adresseront aux ministres de leur secte. Si même ils s'adressaient aux curés, ceux ci hésiteraient beaucoup à prêter leur concours à un mariage dans lequel ils voient une profanation du sacrement, surtout

tribuere. » Le Ridant, *op. cit.*, l. III, chap. II, sect. XII, p. 279 : « Ce n'est pas en vertu du décret de la réformation du Concile de Trente que les mariages clandestins sont déclarés nuls en France, mais en vertu des ordonnances du royaume. » Conclusions de l'avocat général Le Nain dans une affaire jugée par arrêt du 1er août 1707. *Code matrimonial*, t. I, p. 290 : « La nécessité de la présence du propre curé a été établie par le Concile de Trente qui s'explique à la vérité dans des termes contraires à nos libertés ; mais la disposition et non les termes a été adoptée par les ordonnances. »

si, comme dans la doctrine gallicane du XVIII[e] siècle, on fait de leur intervention active une condition essentielle. Les mariages contractés par les hérétiques devant leurs pasteurs seront réputés clandestins et nuls (1).

Telle est l'application rigoureuse des principes. Le Concile de Trente permettait dans une certaine mesure d'y remédier. D'abord il n'exigeait que la présence du curé et non son intervention active. Il était donc possible aux hérétiques de contracter mariage dans la nouvelle forme sans faire acte d'adhésion à la religion catholique. De son côté, le curé qui n'aurait pas voulu donner la bénédiction nuptiale ne se refuserait peut-être pas à jouer le rôle de témoin. Le Concile avait-t-il eu en vue ce résultat en n'exigeant que la présence du curé ? C'est peu probable. Rien dans les procès-verbaux ni dans les auteurs ne révèle cette intention. Cependant le Concile avait pensé aux protestants et voulu prendre une mesure en leur faveur. Il fut en effet déclaré à la fin du chapitre I[er] *de reformatione matrimonii*, que les dispositions sur les mariages clandestins n'auraient effet dans chaque paroisse que trente jours après la publication dans celle-ci. La pensée du Concile était de ne pas invalider les mariages qui seraient contractés dans les pays protestants où la publication ne serait pas faite. Les hérétiques se trouvaient ainsi diversement traités suivant qu'ils habitaient en pays catholique ou en pays protestant. En pays catholique, on pouvait penser que le décret serait publié ; alors les mariages contractés par les héréti-

1. Gasparri. *Tractatus canonicus de matrimonio*, t. II, § 971 et s. p. 169 et s.

ques en l'absence du curé seraient nuls. En pays protestant, le décret *Tametsi* ne serait pas publié ; alors les mariages des hérétiques — comme aussi ceux des catholiques — faits par simple échange des consentements ou contractés devant le ministre protestant seraient valables (1). D'ailleurs cette mesure avait peut-être été prise autant dans l'intérêt des catholiques résidant en pays protestant que dans celui des réformés. En tant qu'elle profitait à ces derniers, elle était bien conforme aux idées du temps. A cette époque, — et cette conception s'est maintenue longtemps après — on n'admet pas la diversité des religions dans un même pays. On estime que c'est contraire à l'unité de l'Etat. Si l'on ne peut pas réaliser cette unité, les actes qui interviennent pour régler la coexistence de deux confessions ne sont pas fondés sur l'idée de liberté de conscience. Ce sont des traités de paix qui fixent les droits et devoirs du roi d'une part et de la secte dissidente de l'autre. C'est ainsi que les protestants ont formé en France un Etat dans l'Etat ; la manifestation la plus frappante de ce fait était la possession par eux de places de sûreté. A cette époque, les princes soit catholiques, soit réformés qui peuvent réaliser l'unité — apparente ou réelle — de la foi ne s'y manquent pas. En France, Richelieu a travaillé dans ce but et Louis XIV a cru l'atteindre. L'idée que les sujets doivent suivre la religion du prince est alors un principe de droit public et les traités de Westphalie en ont fait l'application aux principautés de l'Allemagne.

Ce principe nous sert à comprendre comment la clause

1. Gasparri. *Tractatus canonicus de matrimonio*, t. II, n° 885, p. 98, 99.

finale du chapitre I<sup>er</sup> *de reformatione matrimonii* avait pu être admise comme favorable aux protestants. Il ne pouvait être en effet question alors de reconnaître l'existence de réformés dans les pays catholiques puisque, de droit commun, les sujets devaient suivre la religion du prince. Il n'y avait donc lieu d'accorder un traitement favorable qu'aux sujets des princes protestants dans les états desquels le Concile ne serait certainement pas publié.

Dans l'esprit du Concile, cette règle bienveillante n'aurait pas dû profiter aux calvinistes de France Mais pendant les périodes de paix religieuse, nos rois maintinrent pour ceux-ci des règles spéciales sur le mariage ; c'est une nouvelle preuve qu'ils n'entendaient point recevoir le Concile.

Nos rois en n'exigeant pas la présence du curé au mariage des protestants ne portaient pas atteinte aux droits de l'Eglise. Celle-ci peut en effet, par l'intermédiaire de ses représentants, dispenser de l'accomplissement de cette condition. Le roi ayant le droit de régler la discipline de l'Eglise gallicane pouvait accorder cette dispense aux protestants de France et leur permettre de se marier en présence de leurs ministres (1). Cette dispense émanée du pouvoir royal était d'autant plus admissible que c'était lui qui avait établi la nécessité de la présence du prêtre au mariage.

1. Voy. cep. Tholosain, *Réponse au Conseil de Dumoulin*, art. 47, dans les *Œuvres* de Dumoulin, t. V, p. 423, 424. — Paoli, *op. cit.*, p. 218, 219, dit que le roi dépassait ses pouvoirs en accordant cette dispense aux réformés, que celle-ci ne pouvait leur être accordée que par le S[t] Siège. — Les *Conférences ecclésiastiques de Paris*, l. I, conf. III, § III, p. 38, nous disent au contraire que l'Eglise semble avoir approuvé par son silence les règles posées par nos rois et que « jamais les évêques de France n'ont inquiété les huguenots sur les mariages qu'ils avaient contractés dans leurs prêches, lorsqu'ils se convertissaient. »

Les rois de France ont établi successivement trois formes différentes pour la célébration des mariages des protestants. M. Desforges a montré qu'elles correspondaient au développement des idées sur le mariage (1). De l'édit de Nantes de 1598 et des édits de pacification antérieurs, il résultait que le mariage des réformés n'était pas soumis pour sa validité à la nécessité de la présence du prêtre. Mais quant à sa formation, la puissance séculière n'intervenait pas. Les réformés pouvaient donc contracter mariage soit en présence de leurs ministres, soit par simples paroles de présent (2). On considérait alors que la puissance civile a compétence quant aux effets civils du mariage, mais non quant à la formation de celui-ci.

Le deuxième système apparaît dans un arrêt du Conseil du 15 sept. 1685 visant les religionnaires habitant les provinces où l'exercice de la R. P. R. avait été interdit. Ces réformés pourront contracter mariage devant un ministre de leur culte désigné sur leur demande par l'intendant : un officier de justice sera présent au mariage. Les publications seront faites à l'audience de la justice royale. Les mariages des réformés par simples paroles de présent n'étaient plus possibles. Dans la forme ainsi prescrite intervenaient le ministre de la religion et le représentant de l'Etat. M. Desforges voit là une manifestation de l'opinion généralement reçue alors, d'après laquelle le mariage, étant contrat et sacrement, dépendait des deux puissances.

Lorsqu'en 1787 on voulut rendre l'état civil aux protestants, on créa pour eux une déclaration civile de mariage

1. Desforges, *op. cit.*, p. 239-242.
2. Cpr. Anquez, *Etat civil des réformés*, p. 11 et s.



faite soit devant le juge, soit devant le curé. Le législateur n'entendait faire de ce dernier que le représentant de l'autorité séculière. La raison de cette nouvelle forme est, pour M. Desforges, dans ce fait que l'idée du mariage considéré seulement comme contrat civil s'était affermie : aussi n'y faisait-on pas intervenir l'élément religieux.

Entre la révocation de l'Edit de Nantes et l'édit. de 1787, il n'y eut en France aucune forme spéciale pour le mariage des protestants. Souvent ceux-ci ne recouraient point au ministère du curé catholique ; malgré cela, les Parlements refusèrent pendant longtemps de voir dans ces mariages le vice de clandestinité. Cette jurisprudence se maintint et cependant deux faits s'étaient produits qui la contredisaient : le roi avait prescrit aux nouveaux convertis de suivre dans les mariages les formes établies pour ses autres sujets catholiques : la présomption s'était établie qu'il n'y avait plus de protestants en France.

Un jour vint cependant où la jurisprudence se modifia. Le changement eut pour point de départ une sentence du Présidial de Nîmes qui, en 1739, prononça la nullité d'un mariage de calvinistes, et cela malgré les ordres exprès du gouvernement (1). Plusieurs Parlements suivirent cet exemple et recherchèrent même par la voie criminelle ceux qui avaient contracté mariage sans assistance du prêtre. A cette époque, les calvinistes qui étaient dans cette situation devenaient très nombreux.

1. *Rapport général sur la situation des calvinistes en France, présenté au roi* par M. le baron de Breteuil, octobre 1786, cité par Rulhières, *Eclaircissements*, 2e partie, p. 36-41. — Anquez. *Etat civil des réformés*, p. 72 et s.

Aussitôt après la révocation de l'Edit de Nantes, les réformés avaient pu s'adresser pour contracter mariage à des prêtres catholiques qui ne leur refusaient pas leur assistance. Mais, dans la suite, ayant constaté que ceux qui s'étaient présentés comme catholiques pour recevoir la bénédiction nuptiale, retournaient ensuite à leur hérésie, le clergé voulut éviter les profations du sacrement en organisant des épreuves(1). Cette exigence se comprenait surtout dans la doctrine gallicane qui attribuait au prêtre un rôle actif. Dans le système ultramontain, le prêtre, simple témoin, aurait pu se prêter plus facilement à la célébration d'un mariage entre hérétiques. Un effet de la jurisprudence de nos Parlements se trouvait donc être de donner aux prêtres la possibilité d'empêcher les mariages des réformés.

Mais cet effet n'avait pas été voulu par nos Cours souveraines. Celles-ci étaient hostiles aux épreuves dont elles demandaient la suppression en invoquant la présomption qu'il n'y avait plus en France que des catholiques (2). Peut-être un des motifs qui les poussèrent au XVIII[e] siècle à casser les mariages clandestins des réformés était le désir de faire abandonner cette pratique. En poursuivant ce but, les Parlements ne sont plus les défenseurs des canons ; ils cherchent à assurer à tous les Français un état civil, en s'inspirant des intérêts de l'Etat. Mais le clergé tint bon et la jurisprudence finit par se départir un peu de sa rigueur en multipliant les fins de non recevoir contre les demandes en nullité des mariages contractés « au désert » par les protestants.

1. Esmein. *Mariage en droit canonique*, t. II, p. 235-237.
2. Malesherbes. *Mémoire sur le mariage des protestants*, p. 77-80, 91-99.

Certains réformés avaient en vertu de traités une situation privilégiée. C'était le cas des luthériens d'Alsace qui, en vertu des traités de Westphalie, conservaient le libre exercice de leur culte. Ils se mariaient devant leurs ministres. Le pouvoir séculier n'intervenait pas non plus dans la célébration des mariages des juifs d'Alsace et de Lorraine ; elle se faisait devant les rabbins (1).

La formation du mariage, dans notre ancien droit, sauf l'édit de 1787, apparaît donc comme soumise directement à l'autorité religieuse. C'est le point sur lequel l'Eglise s'est le mieux maintenue en possession de ses anciennes prérogatives. C'est qu'une célébration civile du mariage n'était pas nécessaire alors pour assurer l'action de la puissance séculière à raison de l'autorité qu'elle exerçait sur l'Eglise. Elle le deviendra dans la mesure où l'union de l'Eglise et de l'Etat sera devenue impossible ou lorsqu'elle aura cessé. C'est ce qui arrivera lorsque l'Etat admettra dans son sein des sectes religieuses dissidentes sans leur donner de caractère officiel ; c'est ce que fera l'édit de 1787. C'est ce que généralisera la Révolution française sous l'inspiration du principe de liberté de conscience.

1. Beauchet, *Les formes de la célébration du mariage dans l'ancien droit français*, dans la *Nouvelle revue historique du droit*, 1882, p. 679-683.

## CHAPITRE III

### EMPÊCHEMENTS.

Dans la législation canonique, suivie en cela par la doctrine moderne, les conditions du mariage se traduisent en des empêchements. Les empêchements sont de deux sortes : prohibitifs et dirimants. Ceux-ci ont pour sanction la nullité : ceux-là n'affectent point la validité du mariage Dans la vieille notion canonique, l'empêchement prohibitif a pour sanction une censure ecclésiastique, une peine à l'égard des contrevenants. Le prêtre se refusera à bénir l'union de ceux au mariage desquels existe un semblable empêchement. Mais son assistance n'est pas nécessaire pour la formation du mariage : celui-ci se contracte par simples paroles de présent. Les personnes pieuses ne voudront pas, sans doute, s'engager dans les liens d'une union que n'aura point bénie l'Eglise et le mariage ne sera pas conclu. A l'égard de ceux que le refus de bénédiction nuptiale n'aura pas fait hésiter, des peines seront prononcées. Ce sera là pour les empêchements prohibitifs la sanction effective. Même après le Concile de Trente, c'est le moyen le plus efficace d'en assurer le respect. Comme la présence du

prêtre requise par le Concile n'a pas besoin d'être volontaire pour la formation du mariage, un refus d'assistance ne constitue pas une sanction suffisante de ces empêchements : il reste toujours la possibilité de surprendre le prêtre et d'échanger devant lui les consentements, malgré ses protestations. Le refus d'assistance du prêtre ne devient une sanction efficace qu'avec la doctrine gallicane qui, dans le mariage, prescrit à peine de nullité l'intervention active du curé. Alors les peines n'apparaissent plus qu'au second plan et ainsi se prépare notre législation moderne qui voit dans le refus d'assistance de l'officier de l'état civil le meilleur moyen d'assurer le respect des empêchements prohibitifs.

Pourquoi des empêchements prohibitifs à côté d'empêchements dirimants ? Pourquoi au lieu d'un simple refus de célébration ou d'une peine ne pas admettre dans tous les cas la sanction autrement efficace de la nullité ? C'est que rompre un mariage est une chose très grave. Il y a des conditions que l'on désire voir réunies pour un mariage ; mais leur absence peut présenter moins d'inconvénients que l'annulation du mariage où elles ne se rencontrent pas. On établit alors un simple empêchement prohibitif. C'est la raison dont s'inspirent les législations qui ne soumettent le mariage qu'à une seule puissance : c'était le cas du vieux droit canonique ; c'est le cas de nos législations modernes.

Mais les empêchements prohibitifs se présentent aussi, historiquement, avec un autre caractère qui fait penser aux *leges minus quam perfectæ* du droit romain. La *lex perfecta* était celle qui avait pour sanction la nullité de l'acte fait à l'encontre de ses dispositions. La *lex minus quam perfecta*

était, suivant l'expression d'Ulpien, celle « *quæ vetat aliquid fieri, et si factum sit non rescindit, sed pœnam injungit, ei qui contra legem facit* (1) ». Lorsqu'on avait voulu à Rome restreindre l'autonomie des individus résultant d'anciennes dispositions, par exemple des Douze Tables, on n'avait pas osé porter une atteinte directe aux vieilles lois en annulant des actes dont la validité avait été longtemps incontestée. On employa un détour, en punissant celui qui voulait réaliser ces actes. Tel fut l'effet des legs *minus quam perfectæ*. Le droit canon nous fournit aussi une disposition du même genre : celui qui a promis sous serment des intérêts doit les payer, mais il a le droit d'en réclamer ensuite la restitution (2).

Les empêchements prohibitifs avaient aussi pour résultat de punir ceux qui avaient accompli certains actes dont la validité restait d'ailleurs entière. Ceux établis par le pouvoir royal se présentent avec le même caractère que les *leges minus quam perfectæ*. Au XVIe siècle, nous l'avons dit, nos rois ne pensaient pas avoir le droit d'annuler certains mariages tenus pour valables par l'Eglise. Ils se bornaient à édicter des peines contre ceux qui contracteraient mariage contre les défenses de l'autorité séculière. Ils voulaient ainsi restreindre une liberté reconnue par la loi ecclésiastique, tout en laissant entière cette loi. Ils faisaient une *lex minus quam perfecta*. En cela ils établissaient un empêchement prohibitif. La notion ancienne de celui-ci est en effet d'avoir pour sanction une peine.

1. Ulpien. *Regulæ*, pr. § 2.
2. Von Ihering. *Esprit du droit romain, trad. de Meulenaere*, 3e édit. t. IV, p. 107-117.

Lorsqu'en 1556 le roi de France voulut empêcher les mariages des mineurs contre le gré de leurs parents, il ne prononça pas de nullité, mais seulement des peines à l'égard des contrevenants. Le roi n'osait pas invalider ces mariages ; pour obtenir ce résultat, il s'adressa au Concile de Trente qui ne lui donna pas satisfaction. Mais le roi avait le droit de punir ses sujets ; il avait le droit de régler les effets civils du mariage. Il lui appartenait de permettre aux pères d'exhéréder leurs enfants et de révoquer les donations à eux faites. Il choisit cette dernière sanction en ajoutant à l'exhérédation prononcée par les parents la déchéance des conventions matrimoniales : le juge pouvait y joindre des peines arbitraires. En tout cela, le roi respectait la législation antérieure comme la loi *Furia testamentaria* respectait les Douze Tables. En cherchant par la menace de peines à écarter ses sujets de la conclusion de certains mariages il établissait un empêchement prohibitif (1).

La disposition de l'édit de février 1556 fut confirmée par l'art. 41 de l'ordonnance de Blois. Cette ordonnance, dans son art. 40 prescrivait en outre aux curés « de s'enquérir soigneusement de la qualité de ceux qui se voudront marier. Et s'ils sont enfants de famille ou étant en la puissance d'autrui, nous leur défendons très étroitement de passer outre à la célébration desdits mariages, s'il ne leur apparaît du consentement des pères, mères, tuteurs ou curateurs, sur peine d'être punis comme fauteurs du crime de rapt. » Nous voyons là apparaître le moyen préventif qui dans notre droit moderne assure l'observation des empê-

1. Fevret. *Traité de l'abus*, l. V, chap. I, note ff., t. II, p. 10.

chements prohibitifs. Le prêtre refusera son assistance si les mineurs veulent se marier contre le gré de leurs parents. Sanction insuffisante sans doute, parce qu'alors sont possibles les mariages à la Gaumine, mais qui deviendra plus efficace quand on aura défendu, puis déclaré nuls les mariages faits en cette forme.

Les ordonnances de nos rois ont, dans la suite, confirmé ces deux moyens en vue d'empêcher le mariage des mineurs contre la volonté de leurs parents (1). Elles ont étendu les peines civiles en faisant encourir de plein droit l'exhérédation et la déchéance des conventions matrimoniales. Elles ont, d'autre part, précisé les devoirs du curé qui doit refuser son concours au mariage des mineurs et rechercher si ceux qui se présentent à lui pour faire bénir leur union ne le trompent point sur leur âge. Nous verrons ultérieurement que la jurisprudence alla plus loin en admettant la nullité des mariages contractés par les mineurs sans le consentement de leurs parents.

L'obligation imposée aux prêtres par les ordonnances de ne point participer à ces mariages était généralement observée, car elle se trouvait conforme aux lois de l'Eglise. Celle-ci reconnaît aussi l'existence d'un empêchement prohibitif dans notre hypothèse. Le chapitre *de reformatione matrimonii* dit en effet que l'Eglise a toujours détesté et prohibé ces mariages. Nos rois en punissant ceux qui les contracteraient se conformaient donc aux vues de l'Eglise. Cela explique pourquoi leurs décisions furent assez facilement acceptées.

1. Ordonnance de 1629, art. 169 ; déclaration de 1639, art. 2 ; arrêt du Conseil d'Etat du 13 décembre 1681 ; édit de mars 1697.

Il se produisit cependant des résistances. Fra Paolo Sarpi nous rapporte que le pape Paul IV se plaignit que dans l'édit de 1556, le roi mettait la main sur les sacrements et qu'il déclara qu'il fallait remédier par un concile à cet abus (1). L'historien a d'ailleurs le tort de présenter cet édit comme cassant les mariages contractés par les mineurs sans le consentement de leurs parents.

Une autre protestation émana du pape Grégoire III et fut dirigée contre l'ordonnance de Blois. Nous avons déjà eu l'occasion d'en parler. Pierre Pithou (2) qui y répondit, déclara que l'art. 41 ne faisait que reproduire la disposition fort sage de l'ordonnance de 1556 qui avait été « grandement louée et suivie par les autres nations. » Il ajoutait en faveur de l'ordonnance qu'il ne s'y agissait que d'exhérédation et que cette matière était purement civile et temporelle. Remarquons toutefois qu'il est possible de mettre Pithou en contradiction avec lui-même. Dans une dispute relative à la faculté d'exhérédation (3), il répond aux ordonnances de 1556 et de 1579 par « l'autorité d'Innocent III qui n'est pas petite et qui a toujours été estimée de grand poids, non seulement aux écoles mais aussi au Palais, qui dit que *non valet statutum quod punit contrahentem matrimonium cum filio sine consensu parentum, quia matrimonium et dependentia ex eo sunt ecclesiastici fori ; unde si agatur ad pœnam, episcopus inhibere potest ne petatur, cum nihil contra canones actum sit.* »

Mais ces principes formulés vers la fin du XII^e siècle par

1. Fra Paolo Sarpi, *op. cit.*, liv. V, p. 386, 387.
2. *Divers opuscules tirés des mémoires de Loisel*, etc., p. 343-352.
3. *Divers opuscules tirés des mémoires de Loisel*, etc., p. 381.

Innocent III n'avaient plus cours au milieu du XVIe. L'Eglise et l'Etat se trouvaient d'accord pour prohiber les mariages contractés par les mineurs contre le gré de leurs parents et les protestations de la Papauté furent vaines. L'édit de 1556 reçut l'approbation de tous, ainsi que l'atteste Pasquier. Des dispositions analogues furent prises par un édit du duc de Lorraine du 14 septembre 1572 et, pour la Franche-Comté, par un édit de Philippe IV, roi d'Espagne, du 24 avril 1623 (1).

On peut rapprocher de ces peines la privation d'effets civils dont certains autres mariages furent frappés. La déclaration de 1639, dans ses art. 5 et 6, portait la peine de privation des successions contre les enfants nés d'un mariage tenu secret, d'un mariage *in extremis* après concubinage, ou du mariage d'un mort civilement. Comme il était naturel

1. *Code matrimonial*, t. I, p. 212, 213 et 216. Des dispositions semblables avaient été prises pour les Pays-Bas par Charles-Quint, dans un édit du 4 octobre 1540 renouvelé par Philippe IV le 29 novembre 1623. Un édit du 4 août 1692 vint augmenter la sévérité des sanctions. Marie-Thérèse, par un édit de juin 1778, chercha aussi à empêcher les mariages des enfants de famille contractés sans le consentement de leurs parents en exigeant la mention de ce consentement dans l'acte de mariage. Les peines qu'avait établies Charles-Quint furent généralisées pour tout l'Empire par un édit de Ferdinand II du 24 août 1550. Un édit du 7 septembre 1703 en augmenta la portée. Friedberg, *Das Recht der Eheschliessung*, p. 70, 140, 141, 580, 581. — En France, même avant l'édit de 1556, certaines coutumes punissaient ces mariages. Coutumes de Bourbonnais rédigées en 1500, t. 12, art. 8, de Labourt rédigées en 1514, t. 12, art. 10-15, de Bretagne rédigées en 1580, art. 495, 496. Cpr. Ordonnances de la ville et cité de Metz et pays Messin publiées en 1564, art. 111-115; coutumes du bailliage d'Epinal publiées en 1579, t. III, art. 17, des trois bailliages de Lorraine publiées en 1594, art. 18-20, de la ville et cité de Metz et pays Messin publiées en 1613, t. I, art. 15, de la ville de Bruges publiées en 1619, t. 30, art. 31, de Bruxelles publiées en 1619, art. 41, 43.

de punir les premiers coupables, c'est-à-dire les époux, on étendit cette disposition à leurs conventions matrimoniales (1). On indiqua par une formule brève la peine attachée à ces mariages en disant qu'ils étaient privés d'effets civils.

A l'égard du mariage du mort civilement, c'était simplement l'application des principes. Celui que frappe la mort civile n'existe plus aux yeux de la loi. Il n'a plus de patrimoine et ne peut ni acquérir ni transmettre des droits. Comme l'Eglise ne reconnaît pas cette incapacité, son mariage est valable quant au lien. Ce mariage ne pourra pas produire d'effets civils. L'ordonnance de 1639 ne visait expressément que le cas d'un mariage contracté après que la mort civile avait été encourue. La solution étant conforme aux principes devait s'appliquer même au mariage antérieurement contracté. Survenant la mort civile, la communauté était dissoute et la succession du condamné ouverte. Le mort civilement ne pouvait plus avoir de biens car il était censé ne plus exister. Mais, pendant sa vie, son conjoint ne pouvait contracter un autre mariage.

La privation d'effets civils frappant le mariage tenu secret et le mariage *in extremis* présente une certaine analogie avec un empêchement prohibitif. Nous trouvons là une peine attachée à la conclusion de certains mariages. Pratiquement, ceux qui voudront échapper à cette peine ne contracteront pas de semblables unions. Cependant, l'analogie avec l'empêchement prohibitif n'est pas complète. Ce dernier suppose un vice qui affecte le mariage au moment

1. Denisart, *Collection des décisions nouvelles*, v° mariage. t. III, p. 289.

de sa formation. A raison de ce vice, le législateur cherche à détourner les individus de la conclusion de telles unions ; si cependant le mariage est conclu, une peine est encourue, mais il produit en principe ses effets. Pour le mariage tenu secret, au contraire, il n'y a pas de vice *ab initio*, car on ne peut considérer comme telle la simple intention des parties de ne pas faire connaître le mariage qui les unit. Le vice est postérieur à la célébration qui, par hypothèse, est régulière et nullement clandestine. Au moment de la conclusion de ce mariage, on ne peut savoir si les déchéances légales seront encourues, car si les parties ont bien à ce moment l'intention de tenir leur union cachée, elles peuvent, dans la suite, ne pas réaliser ce dessein (1).

Pour le mariage *in extremis* après concubinage, il y a bien un vice initial. Mais le but visé par l'autorité séculière n'est pas d'empêcher ces mariages. On a voulu — et cela pourrait être dit du mariage secret — protéger les familles contre les conséquences pécuniaires de ces mariages plutôt que punir ceux qui en contracteraient. L'ordonnance de 1639 n'établit expressément une déchéance qu'à l'égard des enfants nés de ces unions ; la jurisprudence a appliqué la privation d'effets civils dans les rapports entre époux. Cette sanction se trouve à elle seule atteindre pleinement le but visé : les familles seront à l'abri des réclamations de l'autre époux ou des enfants. Il était inutile pour cela de toucher à la validité même du mariage ou d'empêcher la formation

1. Une bulle de Benoit XIV, en 1741, établit une forme simplifiée pour les mariages que les époux désiraient tenir secrets. Esmein, *op. cit.*, t. II, p. 198-200. Mais il ne semble pas que cette forme ait été usitée dans notre ancien droit.

de celui-ci. Le mariage secret tranquillisera ceux qui ne veulent ni avouer leur union, ni vivre en concubinage ; le mariage *in extremis* viendra réparer les fautes passées et rassurer la conscience d'un mourant. Il était inutile dans le but que l'on poursuivait de prescrire dans ces cas le refus d'assistance du prêtre : de plus, le clergé ne se serait probablement pas soumis à une telle règle. Il lui était impossible de l'observer pour les mariages secrets dont le vice est postérieur à la célébration. Il ne l'aurait pas admise à l'égard du mort civilement dont il ne reconnaissait pas l'incapacité. Il n'aurait pas voulu montrer tant de rigueur au mariage *in extremis* dans lequel il voit la réparation des fautes passées et qui est parfois la condition de l'absolution d'un mourant.

En prononçant une privation d'effets civils, le roi ne touchait ni à la formation ni à la validité du mariage, du moins en apparence. Il faisait l'usage le plus large de son droit de régler les effets civils en les supprimant. Certains défenseurs du pouvoir de l'Eglise sur le mariage considéré quant au lien lui reconnaissaient le droit de prononcer ainsi (1). Nous avons déjà vu que l'auteur des *Observations* sur le livre de Launoy y voyait l'exercice normal de ses attributions et disait même qu'en cela le pouvoir séculier établissait un empêchement dirimant. Il nous semble qu'une telle prérogative excède le simple droit de régler les effets civils. Si, en effet, l'Eglise seule a le droit de régler le mariage quant au lien, le pouvoir séculier doit accepter complètement les décisions qu'elle donne. Il doit traiter d'égale façon tous les mariages reconnus valables par l'autorité ecclésiastique.

1. Voy. Gasparri. *Tractatus canonicus de matrimonio*, t. I, n° 279, p. 167.

Il peut seulement régler les effets civils d'une façon générale et applicable à tous les mariages sans distinction. S'il en prive quelques-uns d'effets civils, leur validité ne reste plus entière. Leur formation se trouve gênée. Le roi pose ainsi implicitement une défense de contracter certains mariages avec des peines comme sanction. C'est là quelque chose d'analogue aux empêchements prohibitifs.

Le mariage privé d'effets civils restait valable en soi et mettait obstacle, pendant sa durée, à une autre union. Mais ce système était plein d'inconvénients et d'incertitudes. Il était difficile parfois de déterminer où s'arrêtaient les effets civils. On se demandait, par exemple, si un mariage *in extremis* après concubinage donnait à la femme la qualité d'épouse. Le Parlement de Toulouse, par arrêt du 6 septembre 1708 l'admettait et décidait en conséquence que le legs à elle fait par son mari était valable. Mais des auteurs contestaient cette solution. Le même arrêt décidait que les enfants n'avaient pas été légitimés par ce mariage et que le legs à eux fait devait être réduit aux aliments (1). Solutions peu satisfaisantes si on les compare entre elles. En sens contraire, Pothier parlant des mariages privés d'effets civils dit que ce sont de véritables mariages : les enfants qui en naissent ne sont pas bâtards « et ils sont en conséquence capables d'être promus aux ordres sacrés et aux bénéfices. » (2) Le jurisconsulte d'Orléans n'est plus là sur le domaine des

1. Berthon, *Décisions de droit civil, canonique et français*, v° mariage, p. 489.

2. Pothier, *Contrat de mariage*, n° 436. — Cpr. arrêt du Parlement de Paris, août 1662. *Code matrimonial*, t. II, p. 714. — Conclusions de l'avocat général Le Bret. *Code matrimonial*, t. II, p. 730.

effets civils puisque l'aptitude aux ordres sacrés et aux bénéfices est une matière ecclésiastique : mais il nous montre ainsi combien ce système était fécond en contradictions.

Ce système avait été suivi par nos rois parce qu'ils ne pensaient pas avoir le pouvoir d'établir des empêchements dirimants à des mariages que l'Eglise tenait pour licites et valables. Pour que, dans notre ancien droit, le pouvoir séculier ose annuler des mariages, il faut qu'il ait devant lui l'exemple de l'Eglise, qu'il se présente comme appliquant — d'une façon plus ou moins exacte — un empêchement déjà admis par l'Eglise, ou qu'il soit poussé par des motifs politiques pressants. Autrement nos rois ne touchent pas au lien du mariage et se bornent à établir des empêchements prohibitifs.

C'est de cette façon qu'une déclaration du 16 juin 1685 interdit aux Français de se marier en pays étranger sans permission expresse du roi. Des ordonnances du 11 août 1716, du 20 juillet 1726 (art. 1er), du 25 août 1728 défendirent aussi aux Français de se marier dans les échelles du Levant sans permission du roi. Un empêchement prohibitif fut établi au mariage des militaires par les ordonnances du 15 décembre 1681, du 1er février 1685, du 3 septembre 1713, du 7 octobre 1724. Plusieurs de ces textes défendaient aux aumôniers militaires de célébrer ces mariages. Le Code noir, dans son art. 6, interdisait aux sujets blancs du roi « de contracter mariage avec les noirs à peine de punition et d'amende arbitraire », et aux curés de les marier. C'est là un empêchement avec le double moyen, préventif et répressif pour assurer son observation. On peut s'étonner que le roi ait fait défense aux curés de célébrer de tels

mariages, car la différence de couleur ne constitue pas pour l'Eglise, un obstacle au mariage.

L'Eglise avait aussi établi des empêchements prohibitifs lorsque la nullité lui avait paru une sanction trop forte. Au XVIII^e siècle, une certaine doctrine lui refusait le droit d'établir des empêchements dirimants. D'autres auteurs, tout en lui reconnaissant ce droit, pensaient qu'elle ferait mieux de ne pas l'exercer. Mais on admettait de sa part l'établissement d'empêchements prohibitifs. La sanction répressive de ceux-ci devait consister en des censures ecclésiastiques : on insistait sur le droit pour l'Eglise d'en prononcer. Quant au moyen préventif, il semblerait qu'on dût le rencontrer toujours. Le prêtre refusera son concours à un mariage que l'Eglise réprouve : son intervention active étant devenue nécessaire, le mariage ne pourra pas être contracté. Ce droit de refus était en effet généralement reconnu au curé par nos anciens auteurs, ainsi que nous l'avons vu. Mais il y avait à compter aussi avec l'intervention du Parlement qui, sur appel comme d'abus pouvait examiner si ce refus était bien fondé.

L'Eglise au XVIII^e siècle n'a pas établi de nouveaux empêchements prohibitifs. Les refus de célébration n'intervenaient — en dehors des empêchements anciens — que lorsque les futurs époux n'étaient pas dans les dispositions nécessaires pour recevoir avec fruit le sacrement. Si l'Eglise avait été amenée à réprouver certains mariages d'ailleurs valables et admis sans restriction par l'autorité séculière, elle aurait créé un empêchement prohibitif. Comme les *leges minus quam perfectæ*, celui-ci serait intervenu dans le but d'empêcher la loi ancienne de produire ses effets, tout

en la laissant subsister. La situation aurait été la même qu'au XVIe siècle, sauf à en renverser les termes. La garde des lois anciennes avec le droit de les modifier était passée de l'Eglise à l'Etat : l'autorité ecclésiastique devait recourir aux moyens détournés pour introduire des règles nouvelles.

En face des empêchements prohibitifs, nous avons placé les empêchements dirimants qui ont pour sanction la nullité. Au XVIe siècle, il était reconnu par les catholiques que l'Eglise avait le droit d'établir des conditions irritantes de mariage. Le Concile de Trente usa de ce droit dans la session XXIV. Sans revenir sur l'empêchement de clandestinité, nous aurons à rechercher comment ces règles du Concile furent adoptées en France.

Le Concile ne fut pas reçu en France et les lettres patentes du 22 janvier 1574 qui reproduisaient ses règles sur le mariage ne furent pas enregistrées par les Parlements. Le Clergé, dans ses règlements, prescrivit l'observation des empêchements, tels qu'ils avaient été déterminés dans la session XXIV. C'est ce que firent les Conciles de Reims en 1564, de Rouen en 1581, de Reims en 1583, de Bordeaux en 1583, de Bourges en 1584, d'Aix en 1585, de Narbonne en 1609 et l'assemblée du Clergé convoquée à Melun en 1579 (1). Les règles du Concile de Trente furent suivies sans réception expresse de la part de la royauté, car on les trouva favorables. Elles avaient en effet pour résultat de restreindre les empêchements (2). Il arriva qu'en

1. *Mémoires du clergé*, t. V, p. 655-688.
2. Héricourt, *op. cit.*, 1re partie, chap. XIV, n° 20, p. 282. — Pothier, *op. cit.*, n° 198.

fin de compte, le Concile, quoique non reçu, fut appliqué en France. Pour partie, c'était le résultat des ordonnances royales ; pour partie c'était l'effet de la coutume. Nos anciens auteurs faisaient parfois remarquer que le Concile s'appliquait en France comme le droit romain. En matière canonique, il était la raison écrite.

Il y eut cependant des divergences. En dehors de la clandestinité, le Concile de Trente créa un nouvel empêchement dirimant. Le chapitre VI, session XXIV déclara nul le mariage contracté entre le ravisseur et la personne ravie pendant que celle-ci reste en la puissance du ravisseur. Mais le mariage devient possible lorsque la personne ravie a été « *a raptore separata et in loco tuto constituta* ». En France ces règles furent reproduites par l'ordonnance de 1639, art. 3, qui ajoute qu'au cas de mariage après mise en liberté de la personne ravie, celle-ci, et les enfants à naître du mariage seront incapables de toutes successions ainsi qu'il a été ordonné pour les personnes ravies par subornation. L'empêchement dirimant de rapt fut admis en France parce qu'il constituait un retour à l'ancienne discipline. Nos légistes qui, contre les prétentions de l'Eglise, se réclamaient toujours des anciens usages, ne devaient pas y être hostiles.

Ils y furent même plus favorables que les canonistes, car, par l'interprétation, ils lui donnèrent une plus grande extension. L'interprétation qui prévalut sur le texte du Concile fut qu'il supposait un enlèvement matériel exécuté avec violence. La jurisprudence française admit une notion plus large et jugea que des manœuvres dolosives suffisaient pour qu'il y eût rapt. D'après elle, l'empêchement existait



en cas de rapt de séduction. Elle se fondait sur ce que le rapt de violence et celui de séduction étaient punis des mêmes peines. Elle pouvait invoquer que Gratien n'exigeait pas pour le rapt que violence eût été faite à la personne ravie. On cherchait aussi à montrer que cette interprétation n'était pas contredite par les termes du Concile de Trente (1).

Mais, à ce dernier point de vue, n'aurait-on pas pu objecter à nos légistes que l'interprétation du Concile ne leur appartenait pas, mais était réservée à une Congrégation de cardinaux spécialement instituée à cet effet ? En bons gallicans ils eussent répondus que le Concile de Trente n'étant pas reçu en France, ils n'interprétaient ses décrets qu'en tant que ceux-ci formulaient l'ancienne discipline de l'Eglise. Or cette discipline, il appartenait de l'interpréter en France au Clergé français et aux Parlements sans qu'il y eût à demander sur les points litigieux l'avis de la Congrégation du Concile.

Cette façon d'entendre le rapt fut appliquée aux mariages contractés par des mineurs contre le gré de leurs parents. Nous verrons plus loin comment, sous le couvert du rapt de séduction, la jurisprudence séculière arriva à créer pour ce cas un nouvel empêchement.

L'ordre historique nous impose de parler auparavant de l'affaire du mariage de Gaston d'Orléans (2). C'est alors en

1. Gerbais, *op. cit.*, p. 511 et s. — Esmein, *op. cit.*, t. I, p. 391-393, t. II, p. 249 et s.

2. *Mémoires du Clergé*, t. V, p. 693-713. — *Code matrimonial*, t. II, p. 786-814. — *Mémoires de Richelieu*, l. 26, dans la *Collection Petitot*, 2e série, t. 28, p. 62-75, 473-482, t. 29, p. 166-170. — Glasson, *Le mariage de Gaston d'Orléans avec Marguerite de Lorraine.*

effet que fut pour la première fois admis nettement que le roi avait le droit d'établir un empêchement dirimant.

Gaston d'Orléans, frère de Louis XIII avait épousé Marguerite, fille du duc de Lorraine avec lequel le roi de France était en rivalité. Louis XIII n'avait pas consenti au mariage ; pour ne point laisser dans la famille de son ennemi un prince du sang royal qui pouvait prétendre à la succession de la couronne, il voulait faire casser ce mariage. Il saisit le Parlement de Paris et celui-ci, par arrêt du 5 septembre 1634, sur les conclusions de Jérôme Bignon déclara « le prétendu mariage de M. le duc d'Orléans, fils de France et frère unique du roi, avec la princesse Marguerite de Lorraine non valablement contracté ». (1)

Gaston d'Orléans contesta la valeur juridique de cette décision. Il disait que l'autorité ecclésiastique seule aurait pu la rendre. Aussi le roi pour donner plus d'autorité à la déclaration de nullité, saisit de la question l'assemblée du Clergé de 1635. Il lui fit demander : « Si les mariages des princes du sang, qui peuvent prétendre à la succession de la couronne et particulièrement de ceux qui en sont les plus proches et présomptifs héritiers, peuvent être valables et légitimes s'ils sont faits non seulement sans le consentement de celui qui possède la couronne mais en outre contre sa volonté et sa défense ». Le Clergé ne voulut prononcer qu'après avoir reçu l'avis des théologiens les plus réputés. Les docteurs de la Faculté de Paris et les théologiens de treize ordres religieux opinèrent pour la nullité du mariage. Sur le rapport de l'évêque de Montpellier, l'assem-

1. *Code matrimonial*, t. II, p. 792.

blée décida que « les coutumes des Etats peuvent faire que les mariages soient nuls et non valablement contractés, quand elles sont raisonnables, anciennes, affermies par une prescription légitime et autorisées de l'Eglise ». Elle reconnut que la coutume de France exigeait pour la validité du mariage des princes du sang, le consentement du roi, et que cette coutume était autorisée par l'Eglise.

Le 26 août 1635, Gaston d'Orléans fit une déclaration dans laquelle il reconnut la nullité de son mariage. Mais en décembre 1636, il demanda au roi de donner son approbation à ce mariage ou d'ordonner que la question de validité serait jugée. Enfin, en février 1637, Louis XIII donna son consentement au mariage de son frère avec Marguerite de Lorraine. Le mariage fut célébré à Meudon le 26 mai 1643 et l'archevêque de Paris qui reçut les consentements, prononça l'union en modifiant la formule usitée de la façon suivante « *Ego vos in matrimonium conjungo, in quantum opus est.* »

La nullité prononcée par le Parlement et confirmée en quelque sorte par l'assemblée du Clergé fut souvent invoquée dans la suite par ceux qui défendaient le pouvoir du prince sur les empêchements dirimants. Cette affaire eut une grande influence sur le développement de la doctrine des droits de l'Etat. Elle a poussé les juristes à étudier ces questions dans le sens de la défense des droits du prince. Elle a donné du crédit à la distinction entre le contrat civil et le sacrement de mariage, le premier étant considéré comme la matière du second. L'évêque de Montpellier, devant l'assemblée du Clergé avait posé comme un principe

cette distinction (1). Il ajoutait « que les mêmes conditions qui forment la perfection du contrat civil, les mêmes forment la perfection du même contrat en qualité de sacrement, comme aussi les mêmes défauts qui rompent le contrat civil, les mêmes contribuent à la dissolution du même contrat comme sacrement. » Analysant l'opinion des docteurs qui avaient été consultés, il montrait les arguments invoqués en faveur du droit pour les rois de créer des empêchements au mariage. Ce sont ceux que reprendront plus tard les civilistes.

Malgré des affirmations de doctrine parfois hardies, il ne faudrait pas croire, pensons-nous, que l'opinion commune fût alors favorable au droit pour les princes d'établir des des empêchements dirimants. Sans doute l'empêchement résultant des défauts de consentement du roi — s'il existe alors — a été crée par l'autorité séculière. Mais on invoque qu'il est de création ancienne. C'est une coutume affermie par une longue prescription. Cette ancienneté constitue à elle seule une autorité pour l'esprit traditionnaliste des théologiens et des juristes.

On invoque aussi que cette coutume est *autorisée de l'Eglise*. La décision du Clergé insiste sur ce point. C'est qu'aux yeux de beaucoup il devait être capital. Une coutume ancienne, qui a reçu l'approbation de l'Eglise c'est bien un peu une loi ecclésiastique. Si, en conséquence de cette coutume les mariages des princes contractés sans le consentement du roi sont nuls, ce ne sera pas par l'effet de la puissance du prince, mais plutôt par celle de l'Eglise.

1. *Procès-verbaux des assemblées du Clergé*, t. II, Pièces justificatives, p. 157-163.



Au point de vue juridique pur, on ne saurait voir dans l'affaire du mariage du duc d'Orléans un précédent bien décisif en faveur du droit pour les rois de faire des lois irritantes en notre matière. Ce fut avant tout une question politique. La qualité des parties, la cause de nullité invoquée, la juridiction saisie, la procédure suivie, le recours postérieur à l'assemblée du Clergé pour confirmer les solutions du Parlement, tout l'indique. Or ce n'est pas dans les questions où l'intérêt politique entre pour une si grande part qu'il faut rechercher la stricte application des règles du droit.

S'il n'apparaît pas de protestations contre la solution admise, c'est qu'on craignait de passer pour rebelle au roi. Mais dans le fond, il semble bien que tout l'appareil judiciaire dont on s'était entouré ne fit pas illusion. Le cardinal de Richelieu sentant bien que la solution donnée n'était pas à l'abri de la critique fit des instances auprès du pape pour l'amener à reconnaître la nullité du mariage de Gaston d'Orléans(1). Ce fut en vain. Urbain VIII se conformant exacte-

1. Après l'arrêt du Parlement, « les ministres du Roi... firent représenter au nonce du pape, que de tout temps le Parlement était en possession de prononcer en certains mariages faits contre les ordonnances non valablement contractés, ce qui ne touche en aucune façon le mariage comme sacrement ; mais seulement comme contrat civil :... Qu'il y a cette différence entre le tribunal ecclésiastique et les cours de parlement, que le premier, dissolvant un mariage le déclare et prononce nul, ce qui va au sacrement, et les cours disent seulement non valablement contracté, ce qui ne touche que le contrat ». Richelieu, *op. cit.*, l. 26, t. 28, p. 74. — Après la décision de l'assemblée du Clergé, le pape en fit témoigner par ses nonces quelque mécontentement au roi de France. Celui-ci envoya l'évêque de Montpellier donner des explications au Saint Siège. Cet évêque, s'il en faut croire Richelieu, « dissipa toutes les menées que les Espagnols faisaient pour faire trou-

ment à la doctrine de l'Eglise telle que l'avait formulée le Concile de Trente refusa de regarder comme invalide un mariage contracté suivant les règles canoniques. Il ajoutait que s'il était contraire aux lois du royaume, on pouvait le déclarer nul quant aux effets civils, mais non toucher au sacrement (1).

Les théologiens qui opinèrent pour la nullité du mariage conservaient encore, peut-on penser, quelque doute dans l'esprit. Ils ne reconnaissaient pour la plupart l'effet irritant aux coutumes admises en France, qu'en prenant soin d'ajouter qu'elles étaient « autorisées de l'Eglise ». Enfin ne peut-on pas voir l'indice d'une hésitation dans ce fait que sur treize ordres religieux, neuf jugent utile de déclarer expressément qu'ils soumettent leur opinion au jugement de l'Eglise catholique ?

L'archevêque de Paris lui-même ne paraît pas beaucoup plus persuadé de l'efficacité de la procédure suivie et de la valeur de la solution quand, le mariage étant célébré à nouveau en 1643, il ajoute à la formule d'union : « *in quantum opus est* ».

Si la raison d'état n'avait pas influé sur les esprits, le clergé n'aurait probablement pas reconnu au roi le droit d'établir des empêchements dirimants même avec les atténuations qu'il ajouta. Mais plus tard les civilistes invoqueront la solution donnée sans s'attacher aux circonstances particulières de l'affaire. De cette façon, la question du mariage du duc d'Orléans aura poussé à la reconnaissance

ver mauvais au pape ce qui s'était passé sur ce sujet ». Richelieu, *op. cit.*, l. 27, t. 28, p. 476-482 ; l. 23, t. 29, p. 166-170.

1. *Procès-verbaux des assemblées du Clergé*, t. II, p. 857, note.

des droits de la puissance séculière pour la fixation des conditions irritantes de mariage.

Le pouvoir royal a beaucoup hésité à user de ce droit. Quant aux Parlements, ils n'arrivèrent à exiger le consentement des parents au mariage des mineurs, comme condition irritante, que par un détour et par l'extension de la notion de rapt. Ce fut sur ce point qu'il y eut l'opposition la plus nette entre la doctrine ecclésiastique et la doctrine civile.

Nous avons dit que les rois de France avaient frappé de peines civiles les enfants de famille qui se mariaient contre le gré de leurs parents. A partir de l'ordonnance de 1579, ils y joignirent des peines criminelles contre ceux qui auraient suborné des enfants de famille et contre leurs complices. Ceux-ci étaient punis comme fauteurs du crime de rapt. L'ordonnance de 1629 allait même plus loin ; d'après son art. 169, ces mariages devaient « être déclarés nuls et de nul effet et valeur, comme non valablement ni légitimement contractés ». Il est difficile de dire si elle a eu en vue une nullité quant au lien ou une simple privation d'effets civils ; l'énumération qui se trouve à la fin de l'article nous ferait pencher vers la seconde solution (1). Du reste, cette ordonnance étant promptement tombée en discrédit ne fut invoquée ni au Palais ni à l'Ecole.

Les autres textes se bornaient à présenter comme un

1. M. Duguit, *Etude sur le rapt de séduction*, dans la *Nouvelle revue historique du droit*, 1886, p. 619, estime qu'il s'agit là d'une nullité et que celle-ci est fondée sur un rapt de séduction présumé. Il invoque en ce sens que l'art. 169 prononce cette nullité « suivant les saints décrets et constitutions canoniques ».

rapt au point de vue criminel, le fait d'épouser un enfant de famille contre le gré de ses parents. Notre ancienne jurisprudence qui admettait comme empêchement dirimant le rapt de séduction, tira parti de cette assimilation. Elle présuma la séduction dans tous les mariages des mineurs contractés sans le consentement de leurs parents. Ce fut la base de la nullité. Cette présomption de séduction résultait pour nos Parlements, du système des ordonnances ; il n'y avait donc pas — en principe et sauf peut-être des solutions d'espèce — à examiner si, dans chaque cas particulier, il y avait eu ou non séduction et quel en était l'auteur. Ce qui montre que tel était bien le fondement de la présomption, c'est ce que, lorsque les ordonnances ne pouvaient trouver leur application, les mariages étaient valables malgré le défaut de consentement des parents. C'est ce que jugea le Parlement de Provence par arrêt du 11 juin 1662 à propos d'un mariage contracté par un Français à Avignon (1). La raison de cette solution était que le Concile de Trente étant seul applicable à Avignon, le consentement des parents n'y était pas requis pour la validité des mariages des mineurs.

1. *Mémoires du clergé*, t. V, p. 829-831. Nos idées modernes sur le conflit des lois nous font paraître singulière cette décision. Nous admettons en effet que la loi qui fixe l'état et la capacité des personnes est leur loi nationale — nous dirions la loi de leur domicile pour notre ancien droit — ; cette loi leur reste applicable même en pays étranger. La décision précitée applique au contraire la loi du lieu de l'acte. Cette solution s'expliquait peut-être par la confusion alors faite entre le mariage contracté par un enfant de famille sans le consentement de ses parents et le mariage auquel manquaient les formes prescrites. On donnait le nom de mariage clandestin à l'un et à l'autre. — Friedberg, parlant des mesures prises en Autriche et aux Pays-Bas contre le mariage contracté par un mineur sans le consentement de ses parents, l'appelle aussi mariage clandestin (heimliche Ehe).

Par application des ordonnances, nos Parlements présumaient le rapt de séduction en cas de défaut de consentement des parents. C'était une présomption *juris et de jure*. Il n'y avait pas à rechercher si, dans chaque cas particulier, il y avait eu séduction. On signale cependant deux arrêts qui auraient écarté la présomption : l'un du Parlement de Paris, du 13 juillet 1664 (1), l'autre du 31 mars 1703 et rendu par la même Cour (2). Le premier s'explique par des motifs particuliers. Il s'agissait d'un protestant qui avait changé de religion pour épouser une catholique : il n'avait pas obtenu le consentement de sa mère qui était sa tutrice. Il semble que le Parlement ne voulut pas tenir compte d'un refus de consentement dû à des motifs d'ordre religieux qu'il n'approuvait pas. Dans le second arrêt il s'agissait du mariage d'une veuve sans consentement de ses parents. On chercha dans les débats à prouver qu'il n'y avait pas eu rapt. Le Parlement prit sans doute en considération la qualité de veuve et ne voulut pas suivre l'avocat général Portail qui pensait que la nullité atteignait aussi bien les mariages des veuves que ceux des filles. Il y avait aussi en faveur du maintien du mariage cette circonstance que les parents avaient eu connaissance de l'union projetée, de la célébration prochaine et qu'ils n'y avaient pas formé opposition.

Certains esprits ne se bornaient pas à tirer la présomption de la teneur des ordonnances ; ils disaient que la nullité résultait de celles-ci sans qu'il y eût à faire intervenir

1. *Mémoires du clergé*, t. V, p. 833-847.
2. *Mémoires du clergé*, t. V, p. 1087-1094.

l'idée de séduction (1). Toutefois la conception qui prévalut fut celle qui fondait la nullité sur un rapt de séduction présumé.

Cette notion avait l'avantage de faire que l'antagonisme entre les lois ecclésiastiques et les lois séculières existait quant aux résultats seulement et non quant aux principes. Le Concile de Trente reconnaissait comme valables les mariages des mineurs, même sans consentement des parents : les Parlements les déclaraient nuls. Et cependant on prétendait être d'accord sur les principes. La cause de la différence était dans l'interprétation extensive de l'empêchement de rapt donnée par la jurisprudence.

On a quelquefois admiré ce procédé en lui trouvant « l'avantage merveilleux de respecter quoique contradictoires les décrets de l'Eglise et les lois de l'Etat ». (2) Singulier respect, pensons-nous, que celui qui consiste à tourner la loi. Aussi bien nos anciens auteurs ne se bornaient pas, pour éviter la contradiction entre les deux législations, à dire que l'Etat appliquait ici les mêmes principes que l'Eglise. Ceux qui invoquaient comme fondement de la nullité le rapt de séduction toujours présumé, raisonnaient comme si la législation séculière avait nettement posé un nouvel empêchement dirimant. Contre cette règle irritante, disent-ils, on ne peut invoquer l'autorité du Concile de Trente, parce qu'il n'a pas été reçu en France. Il est vrai que la partie du chapitre Ier, *de reformatione matrimonii*, proclamant la validité des mariages des enfants de famille

1. D'Aguesseau. *Plaidoyer du 19 juillet 1691* ; *Œuvres*, t. II, p. 161-164.

2. Duguit, *op. cit.*, p. 620.

contractés contre le gré de leurs parents, avait une certaine allure dogmatique qui pouvait faire paraître la réponse insuffisante. Aussi ajoute-t-on qu'en tant que posant une règle dogmatique, le Concile a simplement condamné l'erreur des protestants d'après lesquels les parents ont, de droit naturel et en l'absence d'une loi positive, le pouvoir de rendre valables ou nuls les mariages que leurs enfants ont contracté contre leur gré (1). Or on prétend établir la nullité sur les lois séculières et non sur le droit naturel.

Si le Concile n'a, dans sa disposition, visé qu'un point de discipline, on invoque qu'il n'a voulu décider que quant aux mariages contractés avant sa tenue (2). Pour les autres, il ne dit rien ; il les laisse soumis à la loi des princes qui peut en prononcer la nullité. Gerbais va plus loin et déclare qu'à supposer même que le Concile ait voulu parler des mariages qui seraient contractés dans la suite, on n'aurait pas à se préoccuper de ce décret qui n'a pas été reçu en France (3).

Nos auteurs justifiaient donc théoriquement une divergence entre la législation du Concile et celle des ordonnances. Mais nos rois avaient été moins hardis. Ils n'avaient pas prononcé expressément la nullité ni même établi par une disposition précise la présomption de rapt dans les mariages des mineurs. Ils avaient simplement indiqué la voie dans laquelle les Parlements n'avaient pas hésité à s'engager. La puissance royale n'était pas en 1579 ni même

1. Pothier, *op. cit.*, n° 321.
2. M. Covillard, *op. cit.*, p. 77-79 a utilisé les procès-verbaux du Concile pour montrer que cette disposition ne visait que le passé.
3. Gerbais, *op. cit.*, p. 486 et s.

1639 assez persuadée de ses droits pour établir un nouvel empêchement dirimant. C'est ce qui fait dire à D'Aguesseau que « si l'ordonnance ne s'est pas expliquée plus clairement, on doit attribuer cette obscurité au respect que nos rois ont toujours eu pour l'Eglise, à la crainte qu'ils ont eue de paraître entreprendre sur ses droits: sentiments dignes de leur piété et de leur religion, mais qui n'empêchaient pas autrefois les Constantin et les Valentinien de prononcer la peine de nullité, contre tous les mariages qui étaient contraires aux lois civiles. » (1)

Mais les auteurs étaient plus hardis. L'annotateur d'Héricourt réclamait du pouvoir royal une solution nette. « Il serait à souhaiter, disait-il, que nos rois s'expliquassent d'une manière plus claire et plus précise sur une matière de cette importance, et qu'ils déclarassent les enfants mineurs inhabiles à contracter sans le consentement de leur père, mère ou tuteur, ou du moins sans un arrêt, dans le cas où les Cours souveraines jugeraient que le refus des pères et mères fût injuste. » (2)

La nullité des mariages des mineurs ne touchait pas seulement les effets civils mais le lien du mariage lui-même. L'archevêque de Sens dans son catéchisme sur le mariage, de 1731 l'avait nié. Il disait que ces mariages n'étaient cassés que quant aux effets civils. Un grand nombre de prêtres refusèrent d'enseigner ces principes. L'archevêque, par un mandement du 6 avril 1739 leur ordonna sous peine de suspense d'enseigner le nouveau catéchisme. Les curés appelè-

1. D'Aguesseau, *Plaidoyer du 19 juillet 1691*; *Œuvres*, t. II, p. 163.
2. Héricourt, *op. cit.*, 3e partie, chap. V, art. II, n° 74, p. 91.

rent comme d'abus. Le Parlement, par arrêt du 7 septembre 1739, les déclara recevables dans leur appel et défendit d'enseigner l'article du catéchisme relatif au mariage (1).

C'était bien là un empêchement dirimant nouveau que n'admettait pas le Concile de Trente. Mais on ne l'avait pas établi franchement par une loi irritante tirant toute sa force du pouvoir des princes. On l'avait rattaché tant bien que mal à un empêchement admis déjà par l'Eglise et par l'Etat. Nos rois n'ont-ils donc jamais osé créer en vertu seulement de leur droit propre un nouvel empêchement dirimant? Ils en ont établi un pour les mariages mixtes, en 1680; mais ici leur audace n'était pas bien grande, car la règle nouvelle était édictée dans l'intérêt même de l'Eglise catholique.

Le droit canon prescrit aux catholiques de ne point contracter mariage avec des hérétiques; mais il n'établit qu'un empêchement prohibitif. Ce fut principalement en vue d'assurer l'observation de cet empêchement prohibitif et de rendre efficace le refus d'assistance du prêtre que le Clergé de France insista tant auprès du roi pour qu'il punit les mariages à la Gaumine.

Par l'édit de novembre 1680, Louis XIV alla plus loin. Il déclara non valablement contractés les mariages entre catholiques et protestants. Dans le préambule de l'édit, il invoquait que ces mariages étaient condamnés par les canons des conciles et qu'il avait voulu empêcher un abus contraire à la discipline ecclésiastique.

Le fait d'établir ce nouvel empêchement était bien une

1. *Code matrimonial*, t. II, p. 541, 542.

affirmation du pouvoir du roi sur le mariage. Néanmoins l'Eglise ne protesta pas, car l'édit de 1680 assurait aux lois ecclésiastiques une sanction plus efficace. Bien plus, l'édit fut rendu sur la demande du Clergé assemblé en 1680, à St-Germain en Laye (1).

L'édit de 1680 ne s'appliqua pas en Alsace où la condition des protestants était réglée par des dispositions particulières. Aussi l'empêchement de mariage entre catholiques et protestants y resta-t-il purement prohibitif. Un édit d'octobre 1683 vint le renforcer, tout en lui conservant ce caractère. En cas de contravention, il prononçait le bannissement contre les parties et des peines contre les ministres qui auraient célébré de tels mariages. Une déclaration du 19 mars 1774 abrogea cet édit et ordonna seulement de suivre dans ces mariages les mêmes règles que dans les mariages entre catholiques.

On pourrait penser que nos princes qui hésitaient tant à établir de nouveaux empêchements dirimants au mariage des catholiques ont agi avec moins de crainte à l'égard des protestants. Calvin avait dit que le mariage est soumis aux princes ; nos rois pouvaient donc, de l'avis même des réformés, le régler sans empiéter sur les droits d'une autre puissance. Cependant on est frappé de la réserve qu'ils ont gardée. Ils ont décidé que les protestants seraient tenus

1. Art. 27 des remontrances : « Sa Majesté est très humblement suppliée de déclarer nuls les mariages qui se feront à l'avenir entre personnes de différente religion, et les enfants qui proviendront de tels mariages incapables de succéder ès biens meubles et immeubles de leurs pères et mères. » *Mémoires du clergé*, t. I, p. 1228. — La même demande avait déjà été formulée par l'assemblée de 1675. *Mémoires du clergé*, t. V, p. 724.

d'observer quant à l'empêchement de consanguinité, les règles admises par l'Eglise catholique : toutefois ils ont restreint à leur égard cet empêchement, leur permettant de contracter mariage au troisième degré (1). Il fut aussi interdit aux protestants de célébrer leurs mariages aux temps défendus par l'Eglise (2).

Ce sont là les seules règles édictées par nos rois pour le mariage des réformés. Les autres empêchements restaient chez eux déterminés par leur loi religieuse. C'est ainsi qu'ils n'admettaient pas ceux venant de l'ordre, des vœux solennels et de la parenté spirituelle (3).

Cette réserve observée par le pouvoir royal nous montre combien il était hésitant à réclamer le droit de régler les mariages. Déjà nous avons vu que jusqu'à l'arrêt du Conseil du 15 septembre 1685, il ne s'était pas fait représenter dans la célébration du mariage des protestants et que même dans le système de l'arrêt du Conseil il n'était intervenu que d'une façon timide. Pour les empêchements dirimants, ce fut à peu près la même chose. Au lieu de déterminer les conditions irritantes du mariage des protestants, comme ils y étaient invités par les chefs de la Réforme, nos rois se bornèrent à prescrire l'observation de l'empêchement de

1. Ordonnances du 17 janvier 1561, art. 9 ; d'août 1570, art. 14 ; édits de mai 1576, art. 10 ; de septembre 1577, art. 16 ; édit de Nantes d'avril 1598, art. 23 et art. 40 secret ; arrêt du Conseil d'Etat du 18 septembre 1664, art. 40 ; déclaration du 2 avril 1666, art. 41. Quelques-uns de ces actes contiennent des dispositions qui déclarent valables les mariages antérieurement contractés par des prêtres, religieux ou religieuses convertis au protestantisme.

2. Arrêts du Conseil d'Etat du 16 janvier 1662, du 12 mai 1664.

3. *Code matrimonial*, t. II, p. 845.

consanguinité, en indiquant sa limite. Pour les autres, le pouvoir royal laissa à la loi religieuse protestante le soin de les établir ou de les supprimer. Telle est la pratique suivie au XVIe siècle, à l'époque des édits de pacification (1).

Plus tard, le pouvoir royal prendra conscience de ses droits. Mais alors il sera en présence d'une législation du mariage déjà formée et à laquelle il ne trouvera pas utile d'ajouter de nouveaux empêchements. Il veillera seulement à l'observation des empêchements de consanguinité et renouvellera sur ce point les règles des édits de pacification. Il interprétera ceux-ci, comme il le fit dans la déclaration de 1663 en décidant qu'il n'était pas permis aux prêtres et religieux de se marier après s'être convertis au protestantisme.

Les luthériens d'Alsace, les juifs d'Alsace et de Lorraine qui jouissaient d'une situation privilégiée, étaient régis quant au mariage par leurs lois particulières (2). Le pouvoir royal ne toucha guère à cette législation. Nous avons cependant signalé les règles posées en 1683 et en 1774 sur les mariages entre catholiques et luthériens. Ajoutons qu'une ordonnance du 10 juillet 1784 défendit aux juifs d'Alsace, sous peine d'expulsion de se marier sans la permission du roi : elle ne prononçait pas la nullité.

La décision la plus intéressante rendue à l'égard des non catholiques d'Alsace, est peut-être l'arrêt du Conseil d'Alsace du 26 juin 1722, qui fit « défenses au consistoire de Landau et à tous autres de son ressort, de procéder à la dissolution

1. Les princes protestants gardèrent aussi la même réserve. Ainsi se forma pour les réformés un droit matrimonial évangélique.

2. Beauchet, *op. cit.*, p. 679-683.

du lien du mariage, ni d'y porter atteinte. » (1) Cette décision est importante, car elle touche au lien matrimonial. Il en résulte un empêchement dirimant à un second mariage. Elle était conforme aux instructions données par le pouvoir royal. En effet, le ministère public cita une lettre de M. de Barbesieux, secrétaire d'Etat, au consistoire de Strasbourg, du 24 février 1692, dans laquelle il était dit que Sa Majesté ne voulait pas que l'on cassât aucun mariage. Cela nous montre qu'à la fin du XVII[e] siècle, le roi de France n'entendait pas rester indifférent au mariage de ses sujets et qu'il prétendait écarter les règles du droit canon protestant qui ne lui paraissaient pas bonnes.

Sauf ces quelques règles posées par l'autorité royale, les mariages des réformés restaient soumis aux lois que ceux-ci se donnaient. Les Eglises protestantes ne pouvaient se plaindre du pouvoir royal qui usait en partie seulement du droit qu'elles lui reconnaissaient de régler les mariages. Mais il y avait un troisième intéressé qui ne songeait guère à renoncer à ses droits : c'était l'Eglise catholique. L'hérésie des protestants ne lui empêchait pas de voir en eux des sujets dont la rébellion ne lui avait fait perdre aucun droit. Quand le Concile de Trente réglait les mariages, il enten-

1. *Code matrimonial*, t. I, p. 449, 450. — Nous parlons ici de cette décision parce que nous ne consacrerons pas un chapitre à la dissolution du mariage, les deux puissances ayant été d'accord pour repousser le divorce entre catholiques et pour n'admettre que la séparation de corps. Celle ci, comme nous le dirons au chapitre sur la juridiction, fut d'abord prononcée par les juges d'Eglise, puis, plus tard, par les juges royaux. Ajoutons que ce changement dans la compétence eut pour résultat une admission plus large de la séparation de corps par la jurisprudence séculière.

dait s'adresser à tous les chrétiens, catholiques ou non. Et voilà que par les édits de pacification, les rois de France laissaient aux protestants liberté presque entière de régler leurs mariages. N'était-ce pas une violation des droits de l'Eglise catholique ?

La question ne fait point de difficulté pour ceux qui s'attachent à la doctrine du pouvoir exclusif de l'Etat et n'en présente pas beaucoup plus pour ceux qui défendent à la fois les droits des deux puissances. Elle paraît au contraire bien plus embarrassante au XVIᵉ siècle, à l'époque même des édits de pacification qu'il fallait justifier, quand l'opinion générale voit dans l'Eglise le seul législateur du mariage.

Nous avons rencontré semblable difficulté au point de vue de la célébration du mariage. Nous avons pu l'écarter en disant que les rois de France qui, en réglant la discipline de l'Eglise gallicane, avaient établi la nécessité de la présence du prêtre catholique aux mariages, avaient pu dispenser les protestants de cette condition. Mais dans notre hypothèse il n'en est plus de même. Les empêchements que les protestants écartent n'ont pas été établis par les rois de France, mais par les décrets des Conciles et les Constitutions pontificales : ils étaient depuis longtemps admis dans l'Eglise. Les dispenses en étaient accordées par les autorités ecclésiastiques. Il était bien difficile de reconnaître aussi au roi le droit de dispenser. Si cela pouvait à la rigueur être soutenu pour l'empêchement de consanguinité, il devenait impossible de le prétendre pour celui des vœux solennels ou celui de l'ordre. Ces derniers touchaient de trop près aux intérêts spirituels de l'Eglise pour que la dispense en pût être accordée par un prince temporel.



Pour ceux qui attribuaient à l'autorité ecclésiastique tous les pouvoirs sur le mariage, nos rois, en reconnaissant aux protestants la faculté de déterminer les empêchements dirimants, violaient les droits de l'Eglise catholique. L'atteinte était aussi grave que si le pouvoir royal avait lui-même réglé les mariages. Si le roi de France agit ainsi, c'est que, ne pouvant anéantir l'hérésie, il dut traiter avec elle. Il dut faire aux protestants une situation acceptable et notamment ne pas soumettre leurs mariages aux lois de l'Eglise catholique. Comme il ne pensait pas que dans son pouvoir temporel rentrât l'autorité sur les mariages, il laissa aux protestants le soin de régler les leurs comme ils l'entendraient, en leur imposant seulement quelques règles considérées comme essentielles. S'il avait eu alors une conscience plus nette de ses droits, il aurait pris en main la législation du mariage. Les protestants n'auraient vu là que l'application des principes posés par Calvin. L'Eglise catholique aurait peut-être été favorable à un système qui lui laissait toujours l'espoir d'influer, par ses conseils, sur la législation du mariage des hérétiques (1).

1. Les assemblées du Clergé demandèrent au roi de veiller à l'observation des empêchements qu'il avait imposés aux protestants. C'est ce que fit l'assemblée de 1675. *Mémoires du clergé*, t. V, p. 722-724.

## CHAPITRE IV

### DISPENSES

A raison du très grand nombre d'empêchements à mariage admis dans notre ancien droit, les dispenses y ont joué un rôle important. Accorder une dispense de mariage, c'est écarter dans un cas particulier l'application d'un empêchement dirimant ou prohibitif. Il est naturel que le pouvoir de dispenser de l'exécution d'une loi appartienne à l'autorité qui l'a établie. De cette façon la dispense apparaît comme une loi spéciale qui, dans un cas particulier, écarte l'application de la loi générale. Mais ce système ne pouvait être rigoureusement suivi dans notre ancien droit. On ne pouvait demander à un concile œcuménique la dispense des empêchements établis par le Concile de Trente. On dut donc se borner à dire que les dispenses seraient accordées par des autorités de même ordre que celles qui avaient créé l'empêchement. La dispense des lois établies par l'Eglise fut accordée par les évêques ou par le pape. Quant aux empêchements établis par l'Etat, la dispense en fut accordée par l'autorité séculière. A raison du petit nombre de ces empêchements et du peu de dispenses qu'on en accordait, c'était d'ordinaire le roi qui statuait. La dispense avait là



conservé son caractère d'acte législatif. Le prince en l'accordant n'avait — tout en respectant les principes supérieurs du droit naturel — qu'à s'inspirer de l'utilité de la décision à rendre : il avait la même liberté que lorsqu'il portait une loi nouvelle ; pour employer l'expression autrefois usitée, il statuait selon son bon plaisir. Aux yeux des gallicans, le pape et les évêques en accordant des dispenses, n'agissaient pas en la même qualité. Pothier pensait que, soumis à la loi de l'Eglise, ils devaient rechercher si, à supposer que le cas particulier dont il s'agissait se fût présenté aux yeux du législateur, celui-ci en aurait fait une exception. Leur rôle était de bien interpréter la loi plutôt que de l'écarter (1).

Au xvi<sup>e</sup> siècle, l'Eglise étant considérée comme ayant seule le droit d'établir les conditions irritantes de mariage, pouvait seule en dispenser. Les protestants lui contestèrent l'un et l'autre droit. Mais le Concile de Trente visant dans le canon III de la session XXIV le cas particulier de l'empêchement de consanguinité établit sous la sanction de l'anathème le droit pour l'Eglise de dispenser. Dans le décret sur les mariages clandestins, il autorisait les évêques à dispenser de la publication des bans.

En France le droit pour l'Eglise d'accorder des dispenses fut maintenu pour tous les empêchements anciens. La question que se posent les auteurs qui traitent de cette matière n'est pas de savoir si le pouvoir de dispenser appartient à l'Eglise ou au roi, mais s'il appartient au pape ou aux évêques. L'autorité séculière n'intervient que pour les empêchements qu'elle a établis. Pour les autres, et c'est le plus

1. Pothier, *op. cit.*, n° 276.

grand nombre, c'est tout l'ensemble des empêchements anciens, l'Eglise conserve le pouvoir de dispenser qu'elle exerce depuis longtemps. Si le pouvoir royal intervient à l'égard de ceux-ci, c'est seulement pour déterminer à quelle autorité ecclésiastique il faudra s'adresser. Louis XIV veut respecter les droits de l'Eglise quand, par la déclaration du 1er février 1681, il défend à ses sujets de Franche-Comté de demander des dispenses de mariage à l'internonce du pape à Bruxelles. Il ajoute en effet qu'il n'entend pas ôter à ses sujets la liberté « de s'adresser au St-Siège par les voies ordinaires en semblable cas selon l'usage de notre royaume et la disposition des saints canons ».

Ce droit de dispenser reconnu à l'autorité ecclésiastique, comment l'expliquait-on ? La réponse variait suivant l'opinion adoptée sur les pouvoirs respectifs de l'Eglise et de l'Etat en matière de mariage. Les uns y voyaient l'exercice par l'Eglise d'un droit propre ; d'autres le ramenaient à une concession des princes. D'autres enfin, distinguant suivant les empêchements, donnaient, d'après la nature de chacun de ceux-ci, l'une ou l'autre solution.

L'autorité séculière exerçait un certain contrôle sur les dispenses accordées par l'Eglise. On pouvait, par l'appel comme d'abus, empêcher la dispense de produire effet. Le Parlement avait alors le pouvoir de faire défense aux parties de contracter le mariage. Si l'union avait été célébrée, il pouvait décider qu'il avait été « mal, nullement et abusivement procédé » et tenir par suite le mariage pour non valablement contracté (1). Il statuait ainsi quand les lois du

1. *Mémoires du Clergé*, t. V, p. 848-856. — Fevret. *Traité de l'abus*, l. V, chap. II, n° 31, t. II, p. 35. — Denisart. *Décisions nouvelles*,

royaume avaient été violées, par exemple quand une dispense de la publication des bans avait été accordée à un mineur en vue d'éviter une opposition de la part de ses parents. Il en était de même quand les motifs de la dispense paraissaient insuffisants.

Ce contrôle des Parlements ne contredisait pas l'autorité de l'Eglise. Il n'y avait rien là de particulier au mariage : c'était l'application du droit commun. Les Parlements ne faisaient que veiller à la bonne observation de la discipline de l'Eglise gallicane.

Il y avait un empêchement ancien, touchant de très près aux intérêts spirituels et dont la dispense accordée par le pape n'était cependant pas suffisante. C'était celui venant de la profession religieuse. Les religieux, en effet, étaient frappés de mort civile. La permission de se marier accordée par le pape ne leur aurait pas fait recouvrer leur état civil : celui-ci ne pouvait leur être rendu que par le roi. C'est la solution donnée par Pothier (1). Il se borne d'ailleurs à dire que la dispense du pape ne peut permettre au religieux de contracter un mariage ayant les effets civils. Le mariage aurait été valable quant au lien, mais n'aurait pas eu d'effets civils. C'était la conséquence des principes dont l'ordonnance de 1639 avait fait l'application au mariage des condamnés à une peine entraînant mort civile.

La dispense des empêchements établis par l'autorité séculière fut réservée au roi. Il y eut cependant une exception. L'ordonnance de Blois avait prescrit la publication de trois

vo dispense, nos 8-12, t. II, p. 143. — Arrêt du Parlement de Paris du 27 février 1627. *Code matrimonial*, t. I, p. 389.

1. Pothier, *op. cit.*, no 264.

bans avant le mariage. Elle permit aux évêques de dispenser de deux. La raison en était que les bans étaient déjà usités dans l'Eglise. D'autre part, les dispenses de bans étaient trop fréquentes pour exiger qu'elles fussent toujours demandées au roi. L'ordonnance avait permis aux évêques de dispenser de deux publications seulement, tandis que le Concile autorisait la dispense complète. Certains règlements émanés du Clergé se conformèrent à l'ordonnance, mais, dans la suite, il fut admis que la dispense des trois bans pouvait être accordée pour des causes graves (1).

La dispense des autres empêchements établis par l'autorité séculière ne pouvait émaner que de celle-ci. L'Eglise n'avait pas qualité pour l'accorder. Les auteurs faisaient l'application de cette idée à la nécessité du consentement du roi au mariage des princes du sang, à l'empêchement dirimant résultant entre catholiques et protestants de l'édit de 1680 (2). Une dispense émanée de l'autorité ecclésiastique n'aurait pas non plus fait échapper aux peines attachées par les princes à certains mariages.

En fait, le roi accorda quelquefois la dispense des empêchements qu'il avait établis. Il avait prescrit que les mariages devaient être célébrés par le propre curé de l'une des parties. Il avait déterminé les conditions de domicile que devaient remplir les parties pour pouvoir contracter mariage dans une paroisse déterminée. Pour contracter mariage en dehors

1. *Conférences de Paris*, l. IV, conf. II, § 1 et 2, t. I, p. 225-227. — *Mémoires du clergé*, t. V, p. 1125-1127. — Arrêt du Parlement de Paris du 13 juin 1634, *Code matrimonial*, t. I, p. 390.

2. Héricourt, *op. cit.*, 3e partie, chap. V, art. III, n° 15, p. 103. — Durand de Maillane, *Dictionnaire de droit canonique*, v° empêchement, t. II, p. 505. — Pothier, *op. cit.*, n° 275.

de leur domicile, les parties n'avaient pas besoin d'une dispense : il leur suffisait d'obtenir la permission du curé. Mais il était quelquefois impossible de se procurer cette autorisation. C'est ce qui était arrivé au marquis de Chastenoye, gouverneur du Cap français en Amérique, qui étant venu en France, y voulut contracter mariage. Comme il n'avait pas à Paris le domicile requis par l'édit de mars 1697 et qu'il ne pouvait pas y rester pour l'acquérir, il en obtint dispense par des lettres patentes du roi du 24 février 1750. Denisart, en rapportant ces lettres patentes, nous dit qu'elles sont les seules qui aient été accordées depuis l'édit de 1697 (1). Mais dans la suite il en fut accordé d'autres. Le sieur de Charon domicilié à S^t-Domingue obtint en 1763 une dispense de domicile ainsi qu'une dispense de la publication des bans au lieu de son domicile et dans la paroisse des parents de sa fiancée (2).

Le roi permit aussi à des enfants de famille de se marier sans le consentement de leurs parents. Une autorisation

1. Denisart, *op. cit.*, v° mariage, n° 47, t. III, p. 263, 264.

2. *Code matrimonial*, t. I, p. 447. — Il semble que le droit d'accorder la dispense de domicile ne devait appartenir qu'à l'autorité séculière et non aux évêques. C'est en effet que disait M^e Mey dans une consultation sur une affaire jugée par arrêt du 22 août 1768. *Code matrimonial*, t. I, p. 311. — En sens contraire, Gibert, *Institutions ecclésiastiques et bénéficiales*, 2^e partie, titre CLXIII, t. II, p. 343. — Denisart, *op. cit.*, v° mariage, n° 70, t. III, p. 270, 271 dit aussi que ceux qui par profession n'ont pas de domicile doivent pour se marier demander à l'évêque de l'autre partie dispense pour le défaut de domicile. Mais il semble admettre que l'édit de 1697 est ici hors de cause. Il présente cette solution comme une application du Concile de Trente, en faisant remarquer que nos lois sont muettes sur ce cas. Ces vagabonds échappent pour leur mariage aux actes royaux sur l'exigence d'un domicile. Il n'y a donc pas à faire intervenir l'idée de dispense.

émanée de l'Eglise n'aurait pas pu les faire échapper aux peines édictées par le roi ni à la nullité admise en jurisprudence. La déclaration du 6 août 1686 dispensa les mineurs de la nécessité d'obtenir le consentement de leurs parents absents du royaume. Ce n'est point là une dispense à proprement parler ; c'est une loi nouvelle qui restreint la portée de l'ancienne. La dispense, d'après sa nature, intervient pour des cas particuliers : elle n'est pas accordée d'une façon générale. En l'entendant ainsi, on peut citer deux cas dans lesquels nos rois ont dispensé du consentement des parents. L'un est du seizième siècle : il intervint au temps où les mineurs, en se mariant contre le gré de leurs parents n'étaient encore exposés qu'à des peines. C'étaient celles-ci qu'il fallait éviter. Il s'agissait du mariage projeté entre Anne de Caumont et Henri d'Escars. La dame de Caumont refusait d'y donner son consentement. Le roi, par un arrêt rendu en son Conseil, le 3 juin 1586 déclara « qu'il autorisait et approuvait que le mariage projeté fût accompli, nonobstant tous empêchements provenant de la mère d'Anne de Caumont ». Mais comme, dans l'espèce, il y avait au mariage un empêchement d'affinité, le roi ne voulant pas dépasser la limite de ses attributions, fit écrire au pape pour en obtenir la dispense (1).

L'autre exemple se place à peu près en 1724. L'auteur du *Code matrimonial* qui le rapporte dit qu'il est, à sa connaissance, le seul intervenu depuis que le défaut de consentement des parents était devenu un empêchement dirimant (2).

1. *Code matrimonial*, t. I, p. 250.
2. *Code matrimonial*, t. I, p. 445. — On peut rapprocher de ces dis-

C'était également le pouvoir royal qui, par l'intermédiaire du Chancelier de France, accordait aux protestants les dispenses de mariage. C'était conforme aux principes admis par les réformés qui concentraient entre les mains du prince tout le pouvoir sur le mariage (1). L'Edit de Nantes dans ses articles secrets disait que les réformés qui auraient contracté mariage au second degré de consanguinité ou du second au tiers, obtiendraient du roi, en s'adressant à lui, telles provisions qui leur seraient nécessaires pour n'être pas inquiétés de ce chef. C'était, en somme une dispense survenant après coup.

Dans la suite nos rois accordèrent aux protestants des dispenses de mariage. Les exemples que nous en donne Denisart (2) visent l'empêchement de parenté. C'est facile à comprendre. Nos rois avaient imposé aux réformés une extension de l'empêchement de consanguinité plus grande que celle que lui attribuaient les protestants. Il était naturel qu'ils en demandassent dispense. Pour les autres empêchements, les protestants n'admettant pas ceux qui chez les

penses la pratique suivie en Flandre en vertu des édits de Charles-Quint et de Philippe II de 1540 et de 1623 et confirmée par la déclaration du 8 mars 1704. Les mineurs pouvaient citer devant les magistrats leurs parents qui refusaient de consentir à leur mariage et obtenir ainsi l'autorisation de se marier. Denisart, *op. cit.*, v° mariage, t. III, p. 265, 266. Mais les juges n'accordaient pas par là une véritable dispense de mariage : ils avaient plutôt à rechercher si les parents étaient fondés à refuser leur consentement ; dans le cas de la négative, leur refus était censé non avenu.

1. C'est la règle généralement suivie chez les peuples protestants. Cependant, en Angleterre, le droit de dispenser, dans la mesure où il appartenait au pape avant la Réforme, a été conféré à l'archevêque de Cantorbéry. Walter, *Manuel du droit ecclésiastique*, § 309, p. 415.

2. Denisart, *op. cit.*, v° dispense, n° 10, t. II, p. 143.

catholiques faisaient le plus souvent matière aux dispenses, cette façon de procéder devenait inutile.

Le pouvoir séculier, en accordant des dispenses aux catholiques, ne portait pas atteinte aux droits de l'Eglise, car il écartait simplement l'application des lois par lui posées. En était-il de même quand il permettait à des protestants parents au degré prohibé de se marier ? Au point de vue de l'Eglise catholique, il y avait violation de ses droits. Elle considère en effet qu'elle seule a le droit d'accorder des dispenses à ses sujets même rebelles. Cependant le Clergé de France ne contesta pas, en principe, le droit pour le roi d'accorder de semblables dispenses. Il ne paraît pas que les évêques aient inquiété à ce sujet les réformés, même ceux qui se convertissaient. Mais le Clergé de France intervenait par voie de remontrance au roi quand il trouvait que celui-ci accordait trop largement des dispenses. C'est ce qu'il fit en 1675. Il demanda alors au roi de ne pas permettre aux réformés de contracter mariage au deuxième degré de consanguinité ou du deuxième au troisième degré. Il invoquait que la faculté pour eux d'obtenir de semblables dispenses ne résultait pas de l'Edit de Nantes (1).

1. *Mémoires du clergé*, t. V, p. 722, 723.

# CHAPITRE V

## JURIDICTION EN MATIÈRE DE MARIAGE.

Le droit de juger les mariages est un corollaire du droit de légiférer sur eux. L'autorité qui fait la loi doit pouvoir en assurer l'exécution : ses tribunaux doivent l'interpréter. Quand deux puissances sont en concours pour régler une institution juridique, celle-là l'emportera qui pourra imposer sa volonté aux juges. Abandonner la juridiction, c'est s'exposer à perdre bientôt le pouvoir législatif.

Si le pouvoir royal est arrivé, sans faire la sécularisation, à faire de plus en plus prévaloir sa volonté en matière de mariage, c'est que, par la voie de l'appel comme d'abus, ses Parlements assuraient l'exécution des ordonnances. Aussi a-t-il pu laisser subsister les justices ecclésiastiques, dont les décisions devaient se conformer à la jurisprudence des Parlements. Encore la pratique visa-t-elle toujours dans notre ancien droit à restreindre la compétence des juges d'Eglise, ne leur laissant que les causes où le sacrement était directement intéressé. L'Eglise, de son côté vit que ses prérogatives étaient menacées. L'appel comme d'abus lui paraissant dangereux, dans le projet de réformation des princes qui souleva au Concile de Trente tant de tempêtes,

on proposa d'en interdire l'exercice. Mais l'appel comme d'abus subsista quand même. Le Clergé protesta contre les empiètements des juges royaux en matière de mariage et il obtint même des déclarations du roi affirmant la compétence des officiaux. Mais les défenses du roi furent assez vagues pour permettre aux juridictions séculières de les éviter et d'augmenter sans cesse leur compétence à mesure que l'Eglise voyait diminuer la sienne. Nous devons indiquer les points principaux sur lesquels la juridiction séculière repoussa les prétentions de l'Eglise et voir quels principes furent invoqués pour justifier ces progrès de l'autorité temporelle.

Au xvi[e] siècle, la compétence judiciaire est déterminée de la même façon que la compétence législative : l'Eglise juge les questions de lien matrimonial, l'Etat juge celles touchant aux effets civils. Le pouvoir de l'Eglise sur ce point avait été contesté par les protestants. Aussi le Concile de Trente jugea-t-il bon de l'établir à titre de dogme (1). Fra Paolo Sarpi prétend que ce canon donna ombrage aux politiques (2). Il invoque qu'au temps des empereurs romains, ces causes étaient jugées par les magistrats séculiers et que si, dans la suite, elles étaient passées aux juges ecclésiastiques, c'était par une concession des princes. Nous pensons que l'inquiétude inspirée aux politiques par le canon XII ne fut pas bien grande. Sarpi ne nous dit pas comment ils l'auraient manifestée. Il nous donne bien une raison de contester le bien fondé du canon XII, mais il ne

1. Session XXIV, can. XII : Si quis dixerit causas matrimoniales non spectare ad judices ecclesiasticos : anathema sit.
2. Fra Paolo Sarpi, *op. cit.*, l. VIII, p. 763.

nous montre pas que cette raison ait été admise par les princes. Aussi peut-on émettre un doute sur l'exactitude de cette observation faite par un auteur dont on a dit qu'il était catholique dans l'ensemble et protestant dans le détail. Il a pu croire que ses propres pensées étaient aussi celles des princes de son temps. Ce qui nous confirmerait dans cette opinion, c'est que parmi les griefs soulevés en France contre le Concile en vue d'en empêcher la réception, aucun, à notre connaissance, ne vise le canon XII. Dumoulin lui-même n'en parle pas. Ce n'était cependant pas la forme dogmatique qui pouvait le faire hésiter, car il invoquait contre le Concile plusieurs causes de nullité : aussi ne craignait-il pas, à l'occasion, de s'attaquer même aux canons du Concile (1).

L'Eglise au XVIe siècle jugeait les questions de lien matrimonial. Elle conserva, en principe, cette compétence jusqu'à la fin de l'ancien régime. Mais on ne fut pas toujours d'accord sur le titre en vertu duquel elle jugeait. Etait-ce en vertu d'un droit propre ou d'une concession des princes ? C'est la question que nous avons déjà rencontrée pour le pouvoir législatif. La solution découlait des mêmes principes et variait suivant qu'on admettait l'autorité exclusive de l'Eglise ou celle de l'Etat ou la coexistence des deux. Le Con-

1. Cependant plusieurs Pères s'étaient opposés au canon XII. Quelques-uns le contestaient au fond parce que, dans les premiers temps de l'Eglise, celle-ci ne jugeait pas les mariages : Aurelianensis (Theiner, *Acta genuina*, t. II, p. 322), Venetensis (t. II, p. 325), Suessionensis (t. II, p. 323). D'autres demandaient sa suppression sans en indiquer le motif : Casertanus (t. II, p. 323), Auriensis (t. II, p. 324), Vauriensis (t. II, p. 325). D'autres enfin voulaient seulement qu'on en limitât la portée : Larinensis (t. II, p. 324), Hierosolymitanus (t. II, p. 327), Gaditanus (t. II, p. 330), Oppidensis (t. II, p. 331).

cile de Trente semblait se rattacher à la doctrine du pouvoir exclusif de l'Eglise et il en avait fait un dogme sur ce point comme à l'égard du droit d'établir des empêchements dirimants.

Nos rois de France confirmèrent dans la suite la juridiction de l'Eglise, sans s'expliquer sur son fondement, laissant ainsi le champ libre au développement des doctrines qui n'y voyaient qu'une concession de leur part. Ainsi l'édit de Melun de février 1580, art. 25 défendait aux juges royaux d'arrêter « sans grande et apparente raison » le cours de la justice ecclésiastique en matière de mariage, sous prétexte de rapt. L'ordonnance de décembre 1606, rendue conformément aux doléances de l'assemblée du Clergé de l'année précédente (1) déclara, dans son art. 12, que les causes de mariage devaient être de la compétence de l'Eglise. Un règlement d'avril 1695 renouvela cette règle pour tous les sacrements en général. Il fit défense aux juges royaux et même aux Parlements de prendre connaissance des affaires de cette nature, à moins qu'il n'y eût appel comme d'abus ou que la contestation ne portât sur les effets civils. Cette double restriction permettait aux juges royaux de conserver et d'étendre leur compétence sur le mariage. Ils la sous-entendaient dans les actes antérieurs qui ne la contenaient pas expressément.

La juridiction ecclésiastique visait uniquement les questions où le lien matrimonial était en jeu. C'est qu'alors le sacrement était directement intéressé. Cela comprenait les actions relatives à l'exécution de promesses de mariage,

1. *Mémoires du clergé*, t. V, p. 690, 691.

les oppositions, les demandes en nullité de mariage et les séparations de corps. Tel était au XVIe siècle le domaine de la juridiction ecclésiastique en matière de mariage. Le reste constituait les effets civils et était du ressort de la justice séculière.

La compétence de l'Eglise, souvent affirmée dans les actes royaux ne cessa cependant de diminuer d'étendue dans la suite. Le mouvement fut dû tout entier à la doctrine et à la jurisprudence. Le moyen fut l'appel comme d'abus.

L'appel comme d'abus était l'institution juridique qui, dans le régime d'union de l'Eglise et de l'Etat pratiqué dans notre ancien droit, assurait la prépondérance du pouvoir séculier. Tous les actes ecclésiastiques y étaient soumis. On voulait éviter ainsi toute atteinte au droit public du royaume et aux canons de l'Eglise.

A l'égard du mariage, l'appel comme d'abus a assuré de la part des justices ecclésiastiques l'exécution des ordonnances royales. En cela il a été une des raisons du maintien de ces justices jusqu'à la fin de notre ancien droit. Si les justices ecclésiastiques avaient été complètement libres et indépendantes du pouvoir royal, si, comme le demandait le Clergé, elles avaient pu juger d'après les dispositions canoniques seulement, le roi, pour assurer l'exécution de ses ordonnances auraient dû leur retirer, dans une large mesure, la compétence en matière matrimoniale et la confier à ses magistrats. L'appel comme d'abus le dispensa d'avoir recours à cette mesure. Mais le maintien de la juridiction ecclésiastique coûtait à celle-ci son indépendance. Les officiaux durent suivre la jurisprudence des Parlements, sous peine de voir leurs sentences déclarées abusives. Cette soumission

ne leur garantit même pas le maintien intégral de leur compétence. Ils la virent diminuer peu à peu ; ils virent même l'appel comme d'abus qui, par un côté, assurait leur existence, se faire aussi l'instrument de leur perte en devenant une voie concurrente qui permettait d'attaquer directement devant le Parlement la célébration d'un mariage.

Un premier échec à la juridiction ecclésiastique se présenta en cas de rapt. Le rapt étant un crime était poursuivi à ce titre devant les juges séculiers. Quand l'instance criminelle était engagée, l'official, même antérieurement saisi de la question de validité du mariage devait s'arrêter. S'il passait outre, il commettait un abus. C'est ce qui fut jugé par arrêt de la chambre de la Tournelle du Parlement de Dijon du 19 février 1592 (1). Cet arrêt n'était pas le premier à consacrer cette solution, car déjà aux Etats de Blois, le Clergé, dans son cahier présenté le 8 février 1577, s'était plaint de cette jurisprudence, en demandant au roi d'ordonner « que les actions intentées en matière de rapt ne puissent empêcher que le juge d'Eglise ne connaisse des causes de mariage, et défenses aux juges séculiers d'empêcher les juges ecclésiastiques d'en connaître pendant l'action de rapt et qu'il ne soit loisible auxdits juges d'user de défenses et inhibitions contre les ecclésiastiques. » (2) Le roi n'admit pas cette demande. Dans l'édit de Melun de 1580, il reconnut la compétence des juges royaux en matière de rapt en se bornant à leur interdire de faire « sans grande et appa-

1. Fevret, *Traité de l'abus*, l. V, chap. I, n° 15, t. II, p. 14. Il cite dans le même sens plusieurs arrêts de la fin du XVIe siècle et du commencement du XVIIe.

2. *Code matrimonial*, t. I, p. 185.

rente raison » défense aux officiaux de passer outre au jugement de ces causes. L'édit impartissait en outre un délai d'un an aux justices séculières pour juger la question de rapt : mais Fevret nous rapporte que de son temps cette disposition n'était pas suivie.

Le jugement du rapt appartenait aux juges royaux subalternes en première instance et sauf appel au Parlement. La juridiction séculière se trouvait avoir sur ce point compétence en matière de mariage, car une fois le rapt établi, il n'était pas besoin d'un jugement de l'Eglise pour que la nullité fût constante (1).

Comme le rapt, la bigamie était un crime. Aussi fut-on amené à décider que les juges royaux en devaient seuls connaître. Lorsqu'ils avaient reconnu l'existence d'un précédent mariage, il en résultait la nullité du second. A l'inverse, on admettait la compétence de l'official sur l'opposition faite par un tiers qui prétendait avoir contracté mariage avec l'un des fiancés ou en avoir reçu des promesses de mariage (2). Cette divergence dans les solutions semble illogique au premier abord. Elle s'explique cependant très bien. Dans les deux hypothèses le principe était la compétence des juges d'Eglise. Si, s'agissant d'un mariage déjà contracté,

1. *Conférences de Paris*, t. I, l. I, conf. V, § 5, p. 62.

2. Fevret, *op. cit.*, l. V, chap. V, n° 19, t. II, p. 119. — Denisart, *op. cit.*, v° mariage, t. III, p. 260. — Fleury, *Institution au droit ecclésiastique*, 3e partie, chap. V, t. II, p. 47, dit au contraire que la nullité de mariage pour bigamie est invoquée devant l'official. — De Foy. *Traité des deux puissances*, chap. VIII, max. VI, p. 253-255 dit que l'official est incompétent pour connaître de la séparation d'une femme mariée à un second mari pendant la vie du premier. Le premier mari ne peut agir que par la réintégrande ou par l'appel comme d'abus de la célébration du second mariage.

on y substituait la compétence de la justice séculière, c'était à raison du crime de bigamie qui avait été commis. Si l'opposition à mariage était fondée sur des fiançailles contractées avec un tiers, il ne pouvait être question de bigamie ; si elle était fondée sur un précédent mariage, le crime de bigamie était bien imminent, mais il n'était pas encore commis ; la justice séculière ne pouvait donc pas intervenir.

C'est par une interprétation de l'empêchement de rapt que la nullité du mariage contracté par les enfants de famille contre le gré de leurs parents fut admise dans notre ancienne jurisprudence. On aboutit ici aussi à la compétence des juges séculiers. Mais elle ne s'établit pas de la même façon que dans les cas précédents. C'est que la situation n'était pas identique. Un mariage, en effet, pouvait être nul pour rapt de séduction présumé, sans qu'il y eût rapt au point de vue criminel. La question pouvait se poser, soit avant, soit après la célébration. Quand on arguait un mariage de nullité pour défaut de consentement des parents, on procédait par la voie de l'appel comme d'abus et l'affaire était directement portée au Parlement (1). S'il s'agissait d'une action en exécution de promesses de mariage faite par un mineur sans le consentement de ses parents, le juge d'Eglise ne pouvait en connaître. Fevret nous rapporte que cette décision avait été donnée par des arrêts du Parlement de Dijon du 6 juillet 1584, du 14 mars 1585, du 29 avril 1595 et du 8 janvier 1601 (2). On décidait de même que l'opposition du père au mariage de ses enfants se vidait devant le

1. Pothier, *op. cit.*, n° 453.
2. Fevret, *op. cit.*, l. V, chap. I, n° 8, t. II, p. 10.

juge séculier (1). Cette compétence permettait de mieux assurer l'exécution des mesures prises par les ordonnances royales contre ces mariages.

Au XVI^e siècle, avons-nous dit, la règle était que les questions *de fœdere matrimonii* appartenaient au juge d'Eglise et celles relatives aux effets civils, au juge séculier. Ce principe fut maintenu jusqu'à la fin de notre ancien droit. Mais restait à déterminer ce qui touchait assez au lien matrimonial pour motiver la compétence ecclésiastique. Or, sur ce point, l'interprétation fut de plus en plus restrictive.

On admit de bonne heure que les juges séculiers saisis d'une demande relative aux effets civils pouvaient statuer sur la question préjudicielle de validité de mariage. Il n'en avait pas toujours été ainsi et le renvoi au juge d'Eglise pour statuer sur la question de lien avait été autrefois prononcé (2). Mais la compétence séculière finit par l'emporter. On avait voulu de cette façon empêcher l'immixtion des juges d'Eglise dans les affaires temporelles (3).

1. Berthon. *Décisions de droit civil, canonique et français*, v° mariage, p. 493.

2. Fevret, *op. cit.*, l. V, chap. I, n° 11, t. II, p. 12, nous rapporte l'exemple suivant de la pratique ancienne : « En une instance civile pendante en Cour laye, une veuve plaidant pour avoir adjudication de son douaire contre les héritiers du mari, ils lui objectèrent qu'elle n'en pouvait prétendre aucun, parce que quand elle épousa le défunt, elle était mariée à un autre qui était vivant ; ladite veuve répliquant au contraire qu'elle avait été séparée d'avec son premier mari, par impuissance qui était en lui, et qu'il y avait eu sentence de dissolution de leur mariage, contre laquelle les héritiers justifiaient d'un appel : par arrêt du Parlement de Paris rapporté sans date en un recueil intitulé Sommaire de plusieurs arrêts, les parties furent renvoyées au juge d'église, parce que la question allait *ad fœdus*, s'agissant de savoir s'il y avait eu mariage ou non ».

3. Plaidoyer de l'avocat général La Chalotais, devant le Parlement de

Le juge séculier saisi de l'action relative à un douaire pouvait donc juger de la validité du mariage. Comme après la mort d'un des époux, la question de validité ne se posait guère qu'accessoirement à une action sur les effets civils, on fut amené à dire qu'alors le juge séculier serait seul compétent. Il était d'autant plus facile de décider ainsi que le droit canonique n'admettait pas à contester la validité d'un mariage sur le simple fondement d'un intérêt pécuniaire (1).

On allait plus loin et l'on décidait que, pendant la vie d'un des époux le mariage étant attaqué par un tiers, l'official n'était pas compétent : C'est que, disait-on, ce tiers ne pouvant agir qu'en vertu d'un intérêt civil, ce qui est en question c'est la validité du contrat et non celle du sacrement.

Le même raisonnement était présenté et admis pour les oppositions à mariage. L'opposition formée par une personne qui se prétendait engagée dans les liens du mariage avec l'un des futurs époux ou qui disant avoir conclu avec

Rennes, en 1736. *Code matrimonial*, t, II, p. 738. « Quand nous disons que le juge ecclésiastique connaît du lien du mariage, cela n'est pas encore si général qu'il n'y ait des exceptions ; par exemple quand la question de la validité d'un mariage est incidente à une affaire temporelle, le juge d'église n'en peut connaître ; cela a été ainsi réglé par plusieurs raisons : 1º Pour prévenir l'abus qui n'a été que trop fréquent par lequel, sous prétexte de spiritualité, les juges d'église s'étaient attribué la connaissance de la plupart des causes temporelles ; 2º Parce qu'en ces occasions le roi qui règle la juridiction ecclésiastique comme la juridiction séculière, ne veut pas confier aux juges d'église la connaissance des affaires temporelles ; au lieu qu'il autorise le juge séculier à juger incidemment des causes spirituelles, telles que la validité ou l'invalidité d'un mariage ou d'un vœu ».

1. Esmein, *op. cit.*, t. I, p. 408.

lui des fiançailles, était de la compétence de l'official. L'obstacle invoqué contre la célèbration du mariage était alors l'existence d'un lien matrimonial antérieurement contracté ou au moins projeté. Si l'opposition émanait d'autres personnes, comme elle ne pouvait être formée qu'à raison d'intérêts temporels, on la considérait comme touchant au contrat : elle devait être jugée par le magistrat séculier. C'est ce que décidait déjà un arrêt du Parlement de Dijon du 19 février 1629 (1).

En supposant un mariage valablement formé *ab initio*, on eut à se demander quel était le juge compétent pour prononcer la séparation de corps. Pendant longtemps. on admit que c'était l'official. On pensait que la séparation de corps touche au lien en le relâchant. On considérait que ses effets n'intéressent pas seulement l'ordre civil, mais encore et surtout l'ordre religieux. Dans la suite, cependant, la juridiction séculière étendit sur ce point sa compétence. Cela ne se fit point tout d'un coup par une ordonnance ou par un changement de jurisprudence fondé sur une conception nouvelle de la séparation de corps. Il ne semble pas qu'on ait invoqué au début l'idée qu'elle intéresse le contrat plus que le sacrement. Ici encore le changement s'introduisit d'abord partiellement, pour se généraliser ensuite,

Le point faible de la compétence ecclésiastique se présentait au cas où la séparation de corps était fondée sur l'adul-

1. Fevret, *op. cit.*, l. V, chap. V, n° 19, t. II, p. 119 et 120. — La même solution fut donnée par le Parlement de Paris dans un arrêt du 2 août 1729 et dans un arrêt de règlement du 20 février 1733. Denisart, *op. cit.*, v° mariage, t. III, p. 261. — De Foy, *op. cit.*, chap. VIII, max. III, p. 250, 251.

tère de la femme. La connaissance de l'adultère au point de vue pénal appartenait aux tribunaux séculiers. La plupart des auteurs le rangeait même au nombre des cas royaux. Ce qui s'était passé pour le rapt et la bigamie devait se produire ici : la séparation de corps fut prononcée par le juge royal. C'est la solution admise par les *Conférences de Paris* qui ne la donnent que comme une exception, le principe étant la compétence du juge d'Eglise. Mais elles reconnaissent en même temps que le principe n'était plus respecté (1). Au cours du XVII[e] siècle, les Parlements avaient prononcé des séparations d'habitation. C'est ce qu'avait fait un arrêt du Parlement de Paris de juin 1633. Fevret prend soin de remarquer qu'on prononçait ainsi une séparation d'habitation, «mais non pas *a toro*, car c'eût été au juge d'Eglise d'y pourvoir. » (2) En réalité, la distinction ainsi présentée était purement verbale. On arriva à supprimer toute compétence des juges d'Eglise sur la séparation entre époux. Un arrêt du 22 mai 1663, sur appel comme d'abus d'une sentence de l'official de Châlons déclara que le juge d'Eglise

1. *Conférences de Paris*, t. I, l. I, conf. V, § 3, p. 52 ; t. V, l. I, conf. IV, § 1, p. 100, 101. « En France les parlements se sont mis en possession de juger de ces séparations d'habitation, dont s'ensuit la séparation *a toro*. Ils réduisent les juges ecclésiastiques autant qu'ils peuvent à la seule connaissance du point de droit, et veulent que celle de fait soit examinée et instruite dans les tribunaux séculiers : or la séparation d'habitation emporte avec soi presque toujours des questions de fait sur lesquelles il faut informer... C'est la jurisprudence du royaume que quand un mari demande et poursuit criminellement sa séparation d'avec sa femme pour le crime d'adultère, il n'y a que le juge laïc qui en puisse connaître ; de sorte que si les officiaux en voulaient juger, il y aurait abus. »

2. Fevret, *op. cit.*, l. V, chap. IV, n° 18, t. II, p. 108.

n'est pas compétent pour connaître d'une demande de séparation entre mari et femme (1).

Cette jurisprudence s'affermit dans la suite. L'avocat général La Chalotais, devant le Parlement de Rennes, qui, par arrêt du 31 janvier 1736, suivit ses conclusions, disait en faveur de la compétence séculière, que la séparation de corps est toujours jointe à une discussion d'intérêts temporels. Si elle est demandée pour adultère, le mari conclut à ce que la femme perde sa dot et son douaire ; si elle l'est pour cause de sévices, le juge devra pourvoir à la subsistance de la femme (2). Pothier nous donne comme certaine la compétence du juge séculier (3) et Merlin déclare que c'était la solution depuis longtemps suivie, sauf dans le ressort du Parlement de Douai où les anciennes lois particulières aux provinces belgiques attribuaient ces causes au juge d'Eglise (4).

On ne peut parler de la séparation de corps sans penser à une action, dont l'objet est bien différent, mais qui met en jeu des intérêts de même ordre ; nous voulons dire l'action par laquelle le mari prétend faire revenir sa femme au domicile conjugal. Il semble qu'il y avait ici plus de motifs encore qu'en matière de séparation de corps pour faire

1. Soefve. *Nouveau recueil de plusieurs questions notables*, t. II, centurie II, chap. 82, p. 167. On ne voit cependant pas bien pour quel motif la déclaration d'abus fut portée, si, notamment, ce fut pour incompétence de l'official. Si, cependant, le Parlement avait admis la compétence du juge d'Eglise, il n'aurait pas évoqué l'affaire devant lui, comme il le fit, mais l'aurait renvoyée à un autre official.

2. *Code matrimonial*, t. II, p. 738.

3. Pothier, *op. cit.*, n° 518.

4. Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, v° séparation de corps, § 3, n° 2, t. 30, p. 427.

admettre la compétence ecclésiastique. Les effets civils ne sont pas en jeu ou, du moins, ne sont-ils intéressés que d'une façon très indirecte et très lointaine. Ce qui apparaît surtout, c'est l'union des époux que l'on veut rétablir, c'est le lien matrimonial relâché par une séparation de fait que l'on veut resserrer, au moins en apparence et autant que peut avoir cet effet la reprise de la vie commune réalisée par autorité de justice. Malgré tout, le juge séculier était seul compétent.

Cette solution avait été tirée de la nature même de l'action engagée. En bons romanistes, nos anciens auteurs avaient pensé que l'action par laquelle un mari prétend faire revenir sa femme au domicile conjugal, était une action possessoire. Or toutes les actions possessoires relatives aux choses ecclésiastiques, par exemple aux bénéfices, ressortissaient à la juridiction séculière. On fit simplement ici l'application des principes généraux pour écarter les prétentions des juges d'Eglise (1).

C'est aussi en invoquant les règles générales de la compétence séculière qu'on décidait que la nullité des promesses de mariage pour cause de violence devait être prononcée par les magistrats du roi. On alléguait que la violence ne pouvait être invoquée comme moyen de nullité qu'en vertu de lettres de rescision. Or ces lettres ne s'adressant pas aux juges d'Eglise, ceux-ci n'en pouvaient pas connaître. C'est ce qui fut jugé par arrêt du Parlement de Paris du 9 juin 1611 (2).

1. De Foy, *op. cit.*, chap. VIII, max. XI, p. 264.
2. *Mémoires du clergé*, t. V, p. 1102. — Le contraire fut jugé sur une demande en nullité de mariage par arrêt du Parlement de Paris du 11

Cette solution était admise, que la question de nullité pour violence se présentât principalement ou incidemment (1). On avait même tenté de dire que la cour d'Eglise jugeant une cause de mariage devait renvoyer au juge royal toutes les questions préjudicielles qui étaient de la compétence ordinaire de ce dernier. Mais cette prétention fut souvent écartée. Ainsi, par arrêt du 8 juin 1626, le Parlement de Paris décida que l'official d'Angers avait pu sans abus connaître de la question de faux incidemment posée à propos de promesses de mariage.

Il arrivait parfois que le fiancé, cité en accomplissement de promesses de mariage, alléguait que la fiancée était de mauvaise vie. L'official pouvait-il admettre les parties à faire devant lui la preuve de ce fait ? Fevret répondait négativement (2) et des arrêts du Parlement de Dijon du 15 mars 1615 et du Parlement de Bretagne du 27 octobre 1622 avaient jugé en ce sens. Mais l'opinion contraire avait été admise par arrêt du Parlement de Paris du 2 juillet 1633, et nous la trouvons formulée au XVIII[e] siècle par Berthon (3).

mars 1660. *Journal des audiences*, t. I, l. XI, chap. XII, p. 859. — Mais par arrêt du 16 décembre 1728, le Parlement de Paris déclara qu'il y avait abus dans la sentence de l'officialité primatiale de Lyon du 23 juin 1728 ordonnant la preuve devant elle de la violence sur laquelle était fondée une demande en nullité de mariage. On alléguait que ce vice touchait le contrat et devait être de la compétence du juge séculier. Le Clergé assemblé en 1730 ordonna à ses agents d'intervenir lorsque la requête en cassation de cet arrêt serait présentée. *Procès-verbaux des assemblées du Clergé*, t. VII, p. 1111-1119.

1. Sur la compétence du juge d'Eglise sur les questions préjudicielles, voy. *Mémoires du clergé*, t. V, p. 1101-1104.

2. Fevret, *op. cit.*, l. V, chap. I, n° 11, t. II, p. 12, 13.

3. Berthon, *op. cit.*, v° mariage, p. 494.

En réponse à une action en exécution de promesses de mariage, on pouvait alléguer que le demandeur était marié. Devant qui celui-ci devait-il prouver la mort de son premier conjoint ? Le Parlement de Dijon, par arrêt du 8 janvier 1626 répondit que c'était devant le juge royal (1). La raison de cette décision était double. D'abord la question de lien n'était plus en jeu quant au premier mariage car il ne s'agissait pas d'en démontrer la validité, mais la dissolution. C'était du moins l'idée de nos anciens auteurs qui en arrivèrent à dire qu'après la mort de l'un des conjoints, la question de validité du mariage ne pouvait plus être portée devant l'official. D'autre part, la solution donnée s'appuyait sur l'idée que les questions de pur fait devaient être tranchées par le juge royal.

Cette dernière conception constituait une nouvelle restriction à la compétence ecclésiastique, tirée du fondement même de celle-ci. Si l'Eglise, disait-on, connaît des litiges en matière de mariage, c'est à raison du sacrement. Si celui-ci se trouve hors de cause, la compétence de l'Eglise doit cesser. Les juges ecclésiastiques connaissent de la validité du mariage, parce qu'il ne faut pas confier à des magistrats séculiers le soin de dire si le sacrement a été bien ou mal administré. Mais quand la question est de pur fait, quand il s'agit simplement de savoir si un mariage a ou non été contracté, le litige doit être porté devant le magistrat civil. C'est l'idée qu'en 1628 l'avocat général Talon exposait devant le Parlement de Paris en ces termes : « S'il s'agit d'un fait constant que l'on donne pour base de la validité du mariage,

1. Fevret, *op. cit.*, l. V, chap. I, n. 11, t. II, p. 12.

alors la connaissance en est réservée à l'official, qui doit juger de la validité du sacrement. Si au contraire il s'agit de la vérité du fait, alors la connaissance appartient au juge royal. » (1)

Après toutes ces restrictions, quelle était la mesure de la compétence des officiaux à la fin de notre ancien droit ? Ils connaissaient : 1° des oppositions à mariage émanées d'un premier époux ou fondées sur des fiançailles contractées avec l'opposant ; 2° des actions en exécution de promesses de mariage entre les fiancés seulement et à condition que ces promesses aient été faites par des majeurs ; 3° des actions en nullité de mariage fondées sur la clandestinité ou sur un empêchement dirimant admis avant le Concile de Trente. Encore à ce dernier point de vue, convient-il d'écarter les actions en nullité fondées sur les empêchements de bigamie, de violence (2).

Même dans ces limites, les pouvoirs des officiaux souffraient une autre atteinte quant aux effets de leurs jugements. Pour les oppositions à mariage, le juge ecclésiastique en donnait ou en refusait mainlevée. A l'égard des promesses de mariage, il examinait leur validité et prononçait sur celle-ci. S'il l'admettait, il devait exhorter les parties à exécuter leurs promesses. Mais il ne pouvait les renvoyer devant un prêtre pour y être procédé à la célébration du mariage. D'après Pothier, il y aurait eu lieu à l'appel comme d'abus, si l'official avait prononcé des censures ecclésiastiques pour con-

1. *Code matrimonial*, t. II, p. 736.

2. Fevret, *op. cit.*, l. V, chap. I, n. 7, t. II, p. 8, dit même que la connaissance des mariages des impubères appartient aux magistrats séculiers. Il invoque un arrêt du Parlement de Paris du 4 novembre 1586.

traindre une des parties à exécuter ses promesses de mariage. Et le jurisconsulte d'Orléans ajoute : « Parmi nous, l'official doit se contenter des voies d'exhortation ; et si la partie persiste dans son refus, il doit prononcer la dissolution des fiançailles en lui imposant une pénitence pour son manque de foi, qui consiste en quelques prières ou légères aumônes. » (1)

Il ne pouvait être question de reconnaître à l'official le droit de prononcer condamnation à des dommages-intérêts soit pour inexécution des promesses de mariage, soit en cas de nullité de mariage prononcée. La question devait être portée devant le juge séculier. Celui-ci conservait, même après la sentence de l'official, liberté complète d'appréciation. « Quoique, dit Pothier, la question sur la validité des fiançailles ait déjà été examinée et jugée à l'officialité, on ne laisse pas de la discuter à nouveau devant le juge séculier, le jugement de l'official ne pouvant former un préjugé devant le tribunal séculier qui en est indépendant (2) ».

Les officiaux conservaient du moins le droit de prononcer la nullité des mariages en vertu des empêchements dont la connaissance leur était laissée (3). Mais ils n'avaient pas une juridiction exclusive. Les parties conservaient le droit

1. Pothier, *op. cit.*, n. 51. — De Foy, *op. cit.*, chap. VIII, max. II. p. 244, 245.

2. Pothier, *op. cit.*, n. 53. — Au temps où l'official prononçait la séparation de corps, on décidait de même qu'il ne pouvait statuer sur les dommages-intérêts ni sur la séparation de biens. Arrêt du 6 janvier 1581. *Mémoires du clergé*, t. V, p. 775 et 1136.

3. L'injonction de l'official aux parties de réhabiliter leur mariage nul pour un empêchement dont on pouvait obtenir dispense fut déclarée abusive. Pothier, *op. cit.*, n. 45.



de s'adresser directement au Parlement en appelant comme d'abus de la célébration du mariage. Cette voie était possible parce qu'on considérait que le prêtre commettait un abus en participant à un mariage auquel existait un empêchement. Ce moyen, seul possible dans certains cas, était toujours admis quand le recours à l'official était ouvert. Il offrait sur la procédure ecclésiastique cet avantage d'éviter les lenteurs causées par les voies de recours. De la sentence du juge d'Eglise en premier ressort on pouvait appeler à l'officialité primatiale, puis recourir au Parlement en invoquant l'abus. Il était bien plus simple de saisir tout de suite le Parlement par un appel comme d'abus de la célébration du mariage. Aussi comprend-on que cette forme de procéder se soit généralisée surtout dans les contrées voisines des sièges des Parlements.

En même temps qu'on restreignait la compétence des juges ecclésiastiques, on diminuait leur initiative. Anciennement, le promoteur de l'officialité, quand il avait connaissance de quelque vice entachant un mariage et causant scandale, intentait lui-même l'action en nullité, en cas d'inaction des intéressés. Mais le Parlement de Paris, par arrêt du 16 février 1673, rendu sur les conclusions de l'avocat général Talon, interdit pour l'avenir un tel procédé (1). Le Parlement estimait que, le maintien du bon ordre étant confié à la puissance séculière, celle-ci seule avait le droit, en cas d'inaction des intéressés, d'attaquer un mariage nul et scandaleux. Mais la déclaration du 15 juin 1697 vint restreindre la portée de cette jurisprudence. Elle donna un

1. *Journal des audiences*, t. II, l. XII, chap. I, p. 874-876.

certain droit d'action au promoteur, mais seulement au cas où le mariage avait été célébré par un prêtre autre que le propre curé. Il fallait supposer l'inaction des parties et du procureur du roi. Le promoteur devait avoir obtenu l'autorisation de l'évêque et agir dans l'année après la célébration du prétendu mariage. Il pouvait alors assigner les parties devant l'évêque. Celui-ci, s'il trouvait que le mariage n'avait pas été célébré devant le propre curé, pouvait enjoindre aux parties de le réhabiliter après s'être séparées et avoir accompli la pénitence qu'il leur imposait. Si les parties n'obéissaient pas à l'évêque, les juges royaux devaient les contraindre à se séparer en les frappant d'amendes. Ici nous sommes en dehors de la juridiction ordinaire de l'Eglise. L'affaire n'est pas portée devant l'official mais devant l'évêque. Celui-ci remplit un ministère purement ecclésiastique ; aussi a-t-il à jouer le même rôle quand, le procureur du roi ayant pris l'initiative, les juges royaux ont renvoyé les parties devant lui. Il y a seulement un droit d'agir d'office reconnu au promoteur dans un cas particulier et sous des conditions rigoureuses (1). Dans les autres hypothèses d'un mariage nul et scandaleux, l'action d'office n'appartenait qu'aux procureurs du roi. C'est ce qui fut jugé par arrêt du Grand Conseil du 25 avril 1703, pour le cas de bigamie (2).

1. De Foy, *op. cit.*, chap. VIII, max. VI, p. 255, 256 : « C'est comme pasteurs que la déclaration du 15 juin 1697 permet aux évêques de poursuivre ceux qui auront été mariés par d'autres prêtres que leur propre curé, pour leur faire réhabiliter leur mariage ; mais il n'est point question dans ce cas d'exercice de juridiction contentieuse, et la déclaration n'attribue aucune connaissance de ce fait aux officiaux, elle le déclare au contraire de la connaissance des Procureurs du roi, en les chargeant d'obliger les parties de recourir à l'évêque. »

2. *Code matrimonial*, t. II, p. 588, 589.

Toutes ces restrictions à la compétence des officiaux ne s'étaient pas réalisées sans réclamation de la part du Clergé. Nous avons déjà signalé la demande de l'assemblée de 1605 tendant à faire reconnaître à l'Eglise compétence exclusive en matière de mariage (1). Le roi confirma cette compétence, ce qui n'empêcha pas les empiètements des magistrats séculiers, car il n'en précisait pas l'étendue. Aux Etats généraux de 1614, le Clergé demanda aussi au roi d'interdire aux officiers des Cours souveraines « de prendre connaissance des sacrements de mariage et autres, directement ou indirectement, sous quelque prétexte que ce soit. » (2) Souvent l'assemblée du Clergé ordonna à ses agents d'intervenir dans les instances de mariage pendantes devant les magistrats civils, pour en obtenir le renvoi à la juridiction ecclésiastique. En 1615, l'évêque d'Angers fut chargé de représenter au Chancelier « combien la juridiction ecclésiastique est offensée et violée ès procédures qui se font et ont été faites, tant au Conseil qu'aux Parlements de Paris et de Rouen sur la question du mariage entre M. de Bassompierre et Mademoiselle d'Entragues, au préjudice de l'instance pendante sur même sujet, devant les juges délégués et commissaires de Sa Sainteté..., de lui faire plainte de ce qu'il a scellé des lettres attributives de juridiction, sur la validité ou invalidité dudit mariage..., et le prier d'expédier et sceller d'autres lettres. » (3) L'assemblée de 1645 s'occupa aussi de décisions des Parlements de Paris et de Rennes touchant à

1. *Mémoires du clergé*, t. V, p. 690, 691.
2. *Code matrimonial*, t. I, p. 186.
3. *Procès-verbaux des assemblées du Clergé*, t. II, p. 284.

la validité des mariages. Des instances furent présentées aux Gens du roi de ces Parlements et au Chancelier qui y opposèrent des moyens dilatoires. Le Clergé obtint seulement en fin de compte la promesse que la Reine manderait les Gens du roi du Parlement pour leur parler une dernière fois de ces plaintes ; s'ils ne satisfaisaient point à cet ordre, le roi devait y pourvoir en son Conseil (1). A l'assemblée de 1660, l'évêque d'Angers protesta contre le présidial de Château-Gontier qui avait pris connaissance de promesses de mariage et ordonné que les parties se pourvoiraient devant le premier prêtre auquel il faisait injonction de célébrer le mariage. Un arrêt du Conseil rendu sur la requête des Agents généraux ordonna le renvoi du fond de l'affaire au Parlement. Le Clergé aurait voulu que l'affaire fût renvoyée aux juges d'Eglise. Il s'adressa au Chancelier qui lui fit espérer satisfaction (2). De même l'assemblée de 1664 ordonna aux Agents d'intervenir dans une instance en cassation d'un arrêt du Parlement de Paris statuant sur la validité d'un mariage (3).

En 1723, le Clergé demanda au roi d'ordonner à ses magistrats de renvoyer les causes de mariage aux juges d'Eglise et de défendre aux Parlements de prononcer sur un mariage par les termes de « mal, nullement et abusivement célébré ». Le roi se borna à répondre que les juges civils ayant pouvoir sur le contrat civil qui est la matière du sacrement, cette manière de prononcer avait toujours été en usage (4).

1. *Procès-verbaux des assemblées du Clergé*, t. III, p. 263, 264.
2. *Procès-verbaux des assemblées du Clergé*, t. IV, p. 677.
3. *Mémoires du clergé*, t. IV, p. 715, 716.
4. *Code matrimonial*, t. I, p. 189.

En 1725, le Clergé se plaignit encore de cette façon de prononcer, en conséquence de laquelle les Parlements permettaient « aux parties de se marier à d'autres, avec injonction aux curés de procéder à la célébration de ces seconds mariages ». Il demanda au roi de déclarer, conformément aux édits de ses prédécesseurs, « que la connaissance des causes concernant les mariages, appartiendrait aux juges d'Eglise », sauf à se pourvoir au Parlement par l'appel comme d'abus des sentences rendues à ce sujet. Le roi répondit que son intention était d'attribuer « les causes concernant les sacrements privativement aux juges d'Eglise ». Il promit de faire examiner si ses magistrats avaient commis quelques contraventions à ce principe et d'y pourvoir (1).

Ces protestations n'empêchèrent point les progrès de la juridiction séculière. Cependant les Parlements n'allaient pas aussi loin que l'auraient désiré certains juges royaux inférieurs et souvent ils furent amenés à casser les sentences rendues par ceux-ci en matière de mariage (2).

Le Clergé, dans ses réclamations, invoquait toujours les édits qui confirmaient la juridiction ecclésiastique en matière de mariage. Ceux-ci reproduisaient le principe posé par le Concile de Trente. Après tant de restrictions à la compétence des officiaux, ne devait-on pas se demander si nos magistrats qui les avaient consacrées n'encouraient pas l'anathème porté par le canon XII ?

1. *Code matrimonial*, t. I, p. 189, 190.

2. Arrêt du Parlement de Paris du 10 juin 1692. *Journal des audiences*, t. IV, l. VII, chap. XVIII, p. 447, 451. — Arrêts du Parlement de Paris du 5 mars 1633, du 9 juillet 1671. *Code matrimonial*, t. II, p. 667, 668. *Mémoires du clergé*, t. V, p. 817, 944, 945. — Arrêt du Parlement de Paris du 2 août 1700. *Mémoires du clergé*, t. V, p. 1070, 1072.

Il semble que les « Parlamentaires » dont Le Ridant déclare exposer la doctrine écartèrent assez facilement le canon XII en lui contestant son caractère dogmatique. Ils y voyaient une entreprise sur la puissance séculière et, à ce titre, lui refusaient toute vertu en France. Le Ridant disait que la juridiction en matière de mariage a été simplement concédée à l'Eglise par les princes : ceux-ci peuvent donc la lui retirer. Pothier paraît se ranger à la même idée en disant que nos rois « ont bien voulu permettre et attribuer aux juges d'Eglise la connaissance des causes qui concernent les mariages à la charge pour eux de se conformer aux ordonnances. » (1)

Une pareille explication nous semble insuffisante. Nous pourrions y faire les objections présentées à la doctrine de Le Ridant sur les canons qui reconnaissent à l'Eglise le pouvoir d'établir des empêchements dirimants. Bornons nous à dire que le Concile, en affirmant sous la sanction de l'anathème la compétence judiciaire de l'Eglise sur le mariage, paraît bien entendre que c'est pour elle un droit propre.

Aussi a-t-on été forcé de chercher d'autres explications. Remarquons que la jurisprudence en étendant la compétence civile a le plus souvent agi en refusant le caractère d'actions matrimoniales à certains litiges. On disait que le sacrement n'était pas intéressé et que, par suite, la compétence ecclé-

1. Pothier, *op. cit.*, n° 452. — Le Ridant, *op. cit.*, l. III, chap. II, sect. XVI, p. 454-456. — Voy. aussi une consultation de Lorry sur une thèse de droit canonique soutenue à Caen en 1761 dans laquelle il était dit que régulièrement les causes de mariage sont de la compétence ecclésiastique. Adde les trois autres consultations sur la même thèse. *Code matrimonial*, t. II, p. 669-676.

siastique était hors de cause. C'est ce qu'on fit en matière de séparation de corps ou quand se posait seulement une question de fait.

Les empêchements dirimants établis par l'autorité séculière étaient considérés comme frappant le contrat civil de mariage. Les juges royaux en connaissaient. On établissait une distinction, d'ailleurs très vague, entre le mariage qu'un Parlement déclarait non valablement contracté et celui qu'un official déclarait nul. On disait que dans le premier cas la sentence ne touchait le mariage que comme contrat civil et dans ses effets civils et qu'elle pouvait le laisser subsister dans le for de la conscience (1). Mais, à ce dernier point de vue, il en était de même lorsqu'un jugement de l'official avait prononcé à tort une nullité de mariage. Dans la suite d'ailleurs, on s'enhardit et l'on reconnut qu'une semblable déclaration n'était pas seulement relative aux effets civils, mais au lien matrimonial. Aussi les Parlements, se fondant sur elle, permettaient aux parties de contracter une seconde union qu'ils ordonnaient aux prêtres de célébrer. Il nous semble bien que, dans ces termes, les juges royaux statuaient sur une cause matrimoniale, contrairement à la disposition du canon XII.

L'appel comme d'abus des sentences des officialités en matière de mariage n'était peut-être pas non plus à l'abri de toute critique, car s'il laissait subsister la juridiction ecclésiastique, il supprimait son indépendance. On le justifiait toutefois en remarquant que le Parlement, en cas

1. Louet. *Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement*, t. II, lettre M, Som. VI, n° 15 et 16, p. 126. — *Mémoires de Richelieu*, l. 26, dans la *Collection Petitot*, 2e série, t. XXVIII, p. 74.

d'abus, ne tranchait pas lui-même le litige, mais le renvoyait devant un autre official nommé par l'évêque ; il respectait donc la compétence ecclésiastique. On voyait dans cette procédure le moyen employé par le prince, protecteur des canons, pour faire observer exactement la discipline de l'Eglise gallicane (1).

L'atteinte la plus grave au canon XII fut portée pour le mariage des protestants. L'art 41 secret de l'édit de Nantes déclarait que les causes relatives à la validité du mariage appartiendraient au juge royal si le défendeur était protestant, à l'official s'il était catholique. Dans la suite, le pouvoir royal dut intervenir pour défendre aux consistoires de prendre connaissance de ces causes (2). Cette attribution de compétence au juge royal était une violation de la règle du canon XII, l'Eglise catholique prétendant avoir la connaissance des causes matrimoniales qui intéressent les protestants.

1. *Conférences de Paris*, l. I, conf. V, § 5, t. I, p. 63.

2. Arrêts du conseil d'Etat du 16 janvier 1662, du 18 septembre 1664 ; déclarations du 2 avril 1666, art. 19, 57, du 1er février 1669, art. 13. — Les causes matrimoniales intéressant les protestants d'Alsace étaient jugées par les consistoires. Beauchet, *op. cit.*, p. 680.

## CHAPITRE VI

### LES TENDANCES A LA SÉCULARISATION DU MARIAGE A LA FIN DE NOTRE ANCIEN DROIT.

Le système qu'avait suivi notre ancienne jurisprudence consistait en la soumission du mariage aux deux puissances, spirituelle et temporelle. En fin de compte l'union s'était faite avec prépondérance de l'Etat. L'Eglise catholique avait vu diminuer ses attributions et disparaître son indépendance. Mais comme il n'y avait là rien de spécial au mariage, comme c'était simplement l'effet, sur un point particulier, du système suivi alors dans les rapports de l'Eglise et de l'Etat, comme le Clergé formant le premier ordre dans la nation trouvait par ailleurs des avantages en compensation de cette perte d'indépendance, ses réclamations n'avaient pas été trop vives. Mais que vienne un ordre de chose qui lui enlève ses prérogatives, mais qu'arrive un régime politique dont le Clergé soit l'ennemi, alors l'Eglise n'acceptera plus sa position subordonnée, elle prétendra user selon les seules lois canoniques des droits qui lui resteront sur le mariage et des conflits pourront s'élever. Notre ancien droit ne connut pas ces conjonctures. Sauf quelques dissentiments sur des points particuliers et qui ne semblent pas

avoir troublé beaucoup leur concorde, les deux puissances conservèrent entre elles, au point de vue du mariage, cette bonne harmonie que les auteurs désiraient.

L'Eglise ne résistant pas à l'Etat, celui-ci put faire prévaloir sa volonté sans être contraint à retirer à l'autorité ecclésiastique les pouvoirs qu'elle exerçait sur le mariage dans le for extérieur.

Le régime de l'union des deux puissances quand il avait été appliqué rigoureusement, c'est-à-dire après la révocation de l'Edit de Nantes et surtout après la présomption admise au XVIII^e siècle que tous les Français étaient catholiques, avait eu pour résultat de rendre impossible le mariage des non catholiques. Cet effet était la conséquence du rôle reconnu à l'Eglise. Le prêtre catholique devait présider à la formation du mariage comme ministre religieux et représentant de l'Etat. Les non catholiques se trouvaient ainsi dans la nécessité de s'adresser à lui : c'était exiger d'eux une abdication de leurs croyances. En outre, le prêtre ayant, au point de vue religieux, le devoir de s'assurer des dispositions de ceux qui se présentaient pour recevoir le sacrement, soumettaient à des épreuves ceux dont ils suspectaient la foi religieuse. A défaut d'accomplissement de ces épreuves, il refusait son concours et empêchait la formation du mariage. La nécessité de l'intervention du curé rendait donc pratiquement impossible le mariage des non catholiques.

Or la tendance des esprits au XVIII^e siècle était en sens opposé. On voulait assurer l'état civil de tous les Français. Pour cela, il fallait diminuer les pouvoirs de l'Eglise catholique, puisque c'était en ceux-ci que résidait l'obstacle. En le fai-

sant, on ne voulut pas reconnaître, dans le for extérieur, des droits aux autres religions. La liberté de conscience, dont on s'inspirait, ne le réclamait pas. L'Etat prit pour lui le soin de régler l'état civil des dissidents. Le mouvement des esprits était alors, quant au point de vue qui nous intéresse, guidé par deux principes : 1° un principe étatiste qui voulait reconnaître à l'autorité civile seule la législation du mariage ; 2° un principe libéral qui voulait procurer à tous la possibilité de contracter mariage. Ce furent ces deux idées qui amenèrent la sécularisation du mariage.

Le principe étatiste représentait la tradition depuis le XVIe siècle. La puissance civile n'avait cessé depuis cette époque, comme nous l'avons montré, d'étendre ses prérogatives en matière de mariage et de diminuer celles de l'Eglise. Il ne pouvait être question au XVIIIe siècle, alors qu'on précisait les attributions de la puissance civile de vouloir affaiblir ses droits sur le mariage. Aussi Rousseau, dans une note vers la fin du Contrat social déclare que le mariage « étant un contrat civil a des effets civils, sans lesquels il est même impossible que la société subsiste ». Il s'attache ensuite à montrer qu'il y a danger pour le prince à laisser à l'Eglise seule le droit de passer cet acte (1).

1. Rousseau, *Contrat social*, l. IV, chap. VIII, note. — Voltaire demande : « Que tout ce qui concerne les mariages dépende uniquement du magistrat, et que les prêtres s'en tiennent à l'auguste fonction de le bénir ». *Dictionnaire philosophique*, v° Lois civiles et ecclésiastiques. — Montesquieu, *Esprit des lois*, l. XXVI, chap. XIII, donne une solution moins absolue. Il dit que ce qui regarde le caractère du mariage, sa forme, son indissolubilité, est du domaine de la religion. Les conséquences de l'union quant aux biens, tout ce qui a rapport à la famille nouvelle, tout cela regarde les lois civiles ; celles-ci peuvent exiger des

Le développement des pouvoirs de l'Etat sur le mariage était dans la logique des principes des philosophes qui demandaient le règne d'un bon tyran pour faire le bonheur de l'humanité. C'est un des articles de leur programme de despotisme éclairé. Aussi n'est-il pas étonnant de voir cette idée mise en pratique par l'un de leurs plus illustres élèves, l'empereur Joseph II. C'est bien le principe étatiste qui l'a inspiré. Joseph II a élaboré toute une législation tendant à soumettre l'Eglise à l'autorité séculière. Son édit sur le mariage du 28 septembre 1784, rendu pour les Pays-Bas, n'est qu'une partie de ce système (1). Cet édit réglementait les conditions du mariage, la célébration, les dispenses. L'art. 1 posait en principe que « le mariage considéré comme contrat civil, les droits et liens civils qui en résultent » tiennent leur force uniquement de la puissance civile et que les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer sur les causes de mariage. Certains empêchements canoniques étaient supprimés. Certaines dispenses étaient prévues comme devant être accordées par l'autorité civile. D'ailleurs la présence du curé, pasteur ou pope était nécessaire à la validité du mariage.

L'édit rendu pour les Pays-Bas n'eut qu'une durée éphé-

conditions pour la validité du mariage en dehors de celles prescrites par la religion.

1. Voy. le texte de cet édit dans Agier, *Du mariage dans ses rapports avec la religion et les lois nouvelles de la France*, t. I, p. 675-690. — Joseph II avait déjà appliqué ce système à l'Autriche par l'édit du 16 janvier 1783. Friedberg. *Das Recht der Eheschliessung*, p. 142-144. A Naples, en 1767, un ministre philosophe, Tanucci avait fait aussi du mariage un acte civil. En 1786, la même réforme fut réalisée en Toscane par Léopold II. Fisichella. *Chiesa e Stato nel matrimonio*, p. 41.

mère. Comme toute la réforme dont il faisait partie, il se heurta à l'opposition du clergé et des autorités locales. L'ordonnance de Léopold du 16 mars 1791 remit en vigueur le droit antérieur. En Autriche, la même réforme relative au mariage fut mieux accueillie et fut confirmée par des actes législatifs postérieurs.

Joseph II, par son édit ne supprimait pas toute intervention de la puissance ecclésiastique dans le mariage considéré comme contrat civil. Un ministre religieux devait présider à la célébration. Mais dans ce mariage uniquement réglé par l'Etat, il semble bien plutôt représenter la puissance séculière que l'Eglise. C'était un système plus radical que celui alors suivi en France. Mais, quant au fond, notre ancienne jurisprudence, dans son dernier état, était arrivée à assurer aussi bien l'action de l'autorité séculière. Elle avait eu en outre cet avantage que, s'étant établie peu à peu, elle avait été acceptée plus facilement.

Le principe étatiste était conforme à la tradition de notre ancienne monarchie. On avait travaillé à sa réalisation en subordonnant de plus en plus l'Eglise à l'Etat en matière de mariage. Les résultats obtenus auraient permis de s'en tenir à ce système. Aussi les réclamations en faveur du mariage civil, fondées sur la conception des droits de l'Etat ne furent-elles pas très nombreuses. Ce qui poussa à retirer à l'Eglise ce qui lui restait d'autorité sur le mariage, ce fut notre second principe, le principe libéral.

Les philosophes du XVIII[e] siècle ont dégagé l'idée de liberté de conscience et dès avant la Révolution, cette notion était trop profondément entrée dans les esprits pour être sans influence sur les institutions. Au point de vue qui nous

occupe, on estime alors que le droit de contracter mariage appartient à tous les hommes sans qu'il y ait à distinguer suivant leurs croyances religieuses.

La question se posait, pratiquement, pour les protestants. Nous avons vu que la jurisprudence avait déclaré nuls les mariages par eux contractés sans la présence du prêtre catholique. Pour améliorer cette situation, les magistrats demandaient la suppression des épreuves qu'ils jugeaient contraires à la présomption d'après laquelle il n'y avait en France que des catholiques. Les évêques, voyant combien la présomption était fausse, maintenaient malgré les Parlements la pratique des épreuves. Afin de donner satisfaction à tous, certains esprits demandaient pour les protestants la liberté de contracter mariage sans les contraindre à des actes d'adhésion apparente ou réelle à la religion catholique. C'est l'idée qu'exprimait Turgot dans le *Conciliateur* Il défendait la tolérance civile et semblait désirer, pour l'assurer, la séparation de l'Eglise et de l'Etat. Tandis que d'autres pour procurer l'état civil aux protestants auraient voulu forcer les prêtres à leur donner la bénédiction nuptiale, sans s'assurer de leurs dispositions, Turgot prétendait respecter la conscience de chacun. Aussi disait-il : « Je ne prétends pas obliger les évêques à donner un sacrement malgré eux ; c'est un bien dont je leur laisserai toujours l'administration ; mais je voudrais que ce ne fût ni le sacrement de baptême, ni celui de mariage qui fixât l'état civil des citoyens. » (1)

1. Turgot, *Œuvres*, t. II, p. 698. — Sur les divers moyens proposés au XVIII[e] siècle en vue d'organiser l'état civil des protestants, voy. Anquez, *Etat civil des réformés*, p. 120 et s.

Malesherbes reprit ces idées dans ses deux *Mémoires sur le mariage des protestants*. Il s'attacha d'abord à montrer que le refus de l'état civil aux protestants n'avait jamais été dans l'intention de Louis XIV. Il dit ensuite qu'il était à la fois de la justice et de l'intérêt public d'assurer aux non-catholiques le moyen de contracter valablement mariage. Les attributions de l'Eglise en cette matière ne pouvaient y faire obstacle, car d'après lui, elles résultaient d'une concession de l'Etat, pour tout ce qui concernait l'engagement civil. La réforme devait consister à établir une forme de mariage commune à tous les non catholiques et non pas seulement particulière aux protestants; il fallait faire en effet que ceux-ci fussent « une secte dans l'Eglise et non pas un parti dans l'Etat ».

Certains esprits, au lieu d'attendre du roi une ordonnance favorable aux non-catholiques comptaient sur un changement de jurisprudence. Ils soutenaient que d'après les lois existantes, le mariage purement consensuel des protestants était valable. C'était l'idée défendue en 1770 dans une consultation de Portalis et Pazeri (1). S'élevant bien au-dessus des discussions de textes, les auteurs de cette consultation firent valoir toutes les raisons invoquées en faveur de la reconnaissance du mariage des réformés. Ils invoquèrent que la faculté de contracter mariage est de droit naturel, commune à tous les hommes et que l'Etat ne pourrait rien gagner à obliger « un corps de peuple à ne se perpétuer que par des crimes ».

1. Voy. cette consultation dans Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, p. 441-491.

La jurisprudence n'avait pas repoussé toutes ces idées. Si le Parlement de Grenoble paraissait maintenir rigoureusement la nullité des mariages contractés « au désert », d'autres Cours se montraient plus bienveillantes. Le principe resta bien sans doute l'invalidité de telles unions. Mais nos Parlements s'efforcèrent d'en écarter l'application en multipliant les fins de non recevoir (1). C'était encore un remède insuffisant. Aussi, le 9 février 1787, le Parlement de Paris prit la résolution suivante : « Il a été arrêté que M. le Premier Président sera chargé de se retirer par devers le roi à l'effet de supplier ledit Seigneur Roi de peser dans sa sagesse les moyens les plus sûrs de donner un état civil aux protestants. » (2)

Le pouvoir royal se conforma à ces désirs. En novembre 1787, un édit vint régler l'état civil des non-catholiques. Il établissait deux formes de célébration du mariage ; les parties pouvaient à leur choix contracter mariage devant le prêtre ou devant le juge royal. Les dispenses devaient être demandées, les unes aux juges des bailliages, les autres à la chancellerie royale. La juridiction était réservée aux juges royaux.

L'édit visait les non-catholiques en général. On n'avait pas voulu parler seulement des protestants afin de ne pas leur reconnaître une existence religieuse (3). L'art. 25 sup-

1. Merlin. *Répertoire*, v° religionnaire, § VI, t. 28, p. 20 et s. — Malesherbes. Second mémoire, p. 1-3.

2. *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII[e] siècle*, t. III (1768-1788), p. 695.

3. Remontrances du Parlement de Paris au XVIII[e] siècle, t. III, p. 701. On s'était conformé exactement à l'idée qu'exprimait Malesherbes dans son *Second mémoire*, p. 103 et 104 : « Pour rendre à tous ceux dont nous

posait d'ailleurs que la nouvelle forme de mariage pouvait être employée par des individus qui ne reconnaissaient pas la nécessité du baptême et qui, par conséquent n'étaient pas chrétiens.

L'édit établissait pour les non catholiques un mariage purement civil. Les autorités religieuses dissidentes n'avaient reçu aucun pouvoir. En désignant le prêtre pour recevoir les consentements, l'édit ne l'envisageait que comme magistrat civil. Cependant le mariage entre hérétiques ainsi contracté en présence du prêtre catholique se trouvait valable d'après les règles du Concile de Trente. On s'était ainsi conformé à la doctrine ultramontaine. Mais cette concordance était toute de résultat et non d'intention. Le but poursuivi n'avait pas été de faire que le mariage des protestants fût valable aux yeux de l'Eglise catholique. On avait voulu, au contraire, restreindre les attributions de celle-ci. Le prêtre avait seulement été envisagé comme un magistrat civil : il jouait dans le mariage le même rôle que le juge royal. Dans les deux cas il y avait célébration civile du mariage. La faculté de contracter mariage devant le prêtre offrait aux parties l'avantage de n'être pas obligées de se transporter au siège de la justice royale. L'autre forme donnait satisfaction aux scrupules excessifs des consciences.

A l'égard des religions dissidentes, la sécularisation du mariage était faite : le mariage valait par la seule vertu

venons de parler, la même justice qui est due aux protestants, il suffit de ne point nommer spécialement dans la loi les sujets du roi de la R. P. R., si ce n'est pour dire dans le préambule, que le roi a été informé qu'il y a encore dans son royaume ; mais ils ne doivent être nommés dans aucun article du dispositif ».

de l'acte civil régulièrement accompli ; il était soumis uniquement à l'autorité séculière (1).

L'édit de 1787 ne portait-il pas atteinte aux prérogatives de l'Eglise catholique ? En tant qu'il pouvait être applicable aux non chrétiens, il était rendu dans les limites des droits de l'Etat. On reconnaît trés généralement, en effet, que la puissance séculière a autorité sur le mariage des infidèles. En était-il de même à l'égard des protestants ? C'était pour eux d'ailleurs que la question se posait, car l'édit avait été fait en songeant à eux. Or, à ce point de vue, il semble bien qu'il y avait là une violation des droits de l'Eglise. C'est l'opinion qu'expriment les auteurs catholiques modernes. Ils estiment que le mariage des hérétiques est soumis à la seule autorité de l'Eglise et que « la justice de Louis XVI n'avait d'autre obligation vis-à-vis des dissidents que d'octroyer les effets civils à leurs mariages, toutes les fois qu'ils étaient librement et valablement contractés selon le décret du Concile de Trente, ou d'après les lois générales de l'Eglise. » (2) Une forme civile de mariage ne peut être légitimement établie pour les chrétiens dissidents qu'en vertu d'une concession du St Siège.

Les critiques ainsi adressées à l'édit de 1787 se bornent souvent au point de vue de la célébration du mariage. Elles

1. Le mariage civil s'introduisit ainsi en France en faveur des dissidents. Dans les états protestants, le mariage resta d'abord un acte religieux. Le mariage civil fut établi sur le fondement de la tolérance en Hollande et dans la Frise occidentale en 1580, comme facultatif pour les réformés et obligatoire pour les dissidents. En 1656, ce système fut étendu à toutes les Provinces-Unies. Friedberg. *Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts*, p. 396.

2. Paoli, *Etude sur les origines du mariage civil*, p. 118.

pourraient être faites aussi pour la juridiction qu'il attribuait aux juges royaux contrairement au canon XII du Concile de Trente.

Le fondement de ces critiques se trouve dans l'idée que le mariage des chrétiens ne peut être réglé, quant au lien, que par l'Eglise. Nous pensons au contraire que le mariage est soumis à l'Eglise et à l'Etat chacun dans leur domaine propre et que cette idée à été appliquée par les lois de la Révolution et par le Code civil. Toute loi civile sur le mariage ne viole donc pas les droits de l'Eglise.

Mais résulte-t-il de là que l'édit de 1787 échappe aux critiques des catholiques? Pour répondre à la question, il faut tenir compte de la notion du mariage admise dans notre ancien droit. Le mariage était alors considéré à la fois comme acte civil et comme acte religieux, comme contrat et comme sacrement, soumis en même temps aux deux puissances. Un mariage valable à l'égard de l'une l'était à l'égard de l'autre. Or l'Eglise considérait comme ses sujets les hérétiques. Si le roi s'avisait de créer pour eux une forme spéciale de mariage, s'il retirait leurs causes matrimoniales aux officiaux, il violait les droits de l'Eglise, car il statuait seul sur une matière commune. Le régime d'union ne se comprend que s'il assure les droits de chacune des deux puissances. Si le pouvoir civil prétend imposer à l'Eglise catholique les règles qu'il donne sur le mariage des dissidents et qui contredisent les principes admis par la puissance ecclésiastique, il viole les droits de celle-ci ; s'il ne veut pas les lui imposer, l'union est rompue sur ce point. Chacun reprend son action indépendante. L'édit de 1787 est donc venu détruire l'harmonie du système de notre ancien droit

sur le mariage ; c'est à juste titre qu'il a été présenté comme un précurseur de la sécularisation.

D'ailleurs, les contemporains ne paraissent pas s'être livrés à la discussion purement théorique de savoir si l'édit de 1787 était ou non une violation des droits de l'Eglise. Ce qu'ils ont vu, c'est que cet édit instituait un état civil régulier pour des Français qui en avaient été longtemps privés et qu'en même temps, il prenait des précautions très sérieuses en vue d'assurer le bon ordre des familles. Aussi fut-il favorablement accueilli. Le Parlement de Paris tarda bien deux mois à l'enregistrer. Mais, dans les remontrances qu'il présenta, il ne dit rien contre le principe dont s'inspirait l'édit. Bien loin de là, critiquant certaines expressions du préambule, il déclara que ce que le roi permettait par cette loi aux non-catholiques était « l'acquittement d'une dette de droit naturel, et non la concession d'une prérogative. » (1)

L'Académie française donna elle aussi son adhésion à la réforme lorsqu'en 1789, à la suite d'un concours, elle décerna à Fontanes un prix pour une pièce de vers intitulée : « *Discours sur l'édit en faveur des non-catholiques* ».

Les cahiers des Etats généraux rédigés à cette époque se montraient également favorables à l'innovation (2).

1. *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII[e] siècle*, t. III, p. 696. — Parmi les autres Cours souveraines, les unes enregistrèrent l'édit sans résistance. D'autres s'y refusèrent mais sans rien invoquer contre ses dispositions ; leur résistance était fondée sur la forme dans laquelle était demandé l'enregistrement. Anquez, *Etat civil des réformés*, p. 236-248.

2. Cependant le cahier du tiers état de Besançon demandait au roi de ne pas envoyer en Franche-Comté l'édit des non-catholiques. La

Devant les assemblées qui ouvraient leurs séances à cette époque, on voulut s'en tenir d'abord à la réforme de 1787. Mais les circonstances ayant montré son insuffisance, on dut aller plus loin. Les législateurs mirent alors le moyen traditionnel de l'action de l'Etat au service du principe nouveau de la liberté de conscience et de la liberté des cultes. Dirigés dans la voie à suivre par le principe étatiste et dans le but à atteindre par le principe libéral, ils aboutirent à la sécularisation du mariage.

demande du tiers-état s'explique peut-être par l'antagonisme entre la Franche-Comté catholique et les protestants très nombreux de la principauté de Montbéliard. Sur la publication de l'édit de 1787 en Franche-Comté, voy. Anquez, *op. cit.*, p. 244-246.

## DEUXIÈME PARTIE

### La Révolution et le Code civil

## CHAPITRE PREMIER

### LA RÉVOLUTION FRANÇAISE ET LA SÉCULARISATION DU MARIAGE.

L'Assemblée constituante et l'Assemblée législative ont réalisé la sécularisation du mariage. Elles ne l'ont point établie en partant d'une conception abstraite des droits de l'Etat qu'il se serait agi de mettre en pratique. Elles y ont été amenées par les circonstances. Elles ont voulu assurer à tous les citoyens la faculté de contracter mariage sans se heurter à un refus du prêtre comme à un obstacle insurmontable. Elles ont voulu établir une forme de mariage accessible à tous les Français quelles que fussent leurs croyances religieuses. La création d'une célébration civile du mariage a été la résultante du principal libéral.

En même temps, on a porté toute une réglementation nouvelle du mariage, remplaçant le droit canonique et les ordonnances. En cela on suivait le système de l'ancien droit



pendant lequel on était arrivé à ne reconnaître plus guère qu'à l'Etat le droit de déterminer les empêchements à mariage.

Cette réforme n'était point demandée dans les cahiers. Ceux-ci formulaient des réclamations relatives aux dispenses. Ils auraient voulu qu'elles fussent accordées par les évêques. L'art. 12 du décret du 11 août 1789 portant rédaction des décisions prises dans la nuit du 4 août donna satisfaction à cette réclamation. Il décida que l'on s'adresserait à l'évêque pour obtenir « toutes les provisions de bénéfices et dispenses, lesquelles seront accordées gratuitement. » Dans la suite, cette disposition fut trouvée insuffisante et plusieurs pétitions fondées sur le refus des évêques d'accorder certaines dispenses furent adressées à la Constituante. Le Comité ecclésiastique fut saisi de la question ; il avait en même temps à dresser le projet d'une forme purement civile de constater les naissances, mariages et décès. Sur le premier point il proposa de supprimer les dispenses en restreignant ou en faisant disparaître certains empêchements de mariage (1). C'est ainsi que la Constituante fut amenée à poser les règles de fond du mariage.

Elle eut aussi à s'occuper de la célébration. A la séance du 12 juillet 1740, on donna lecture à l'Assemblée d'une pétition de Talma. Celui-ci se plaignait du refus du curé de St Sulpice de publier ses bans et de lui donner la bénédiction nuptiale, parce qu'il était comédien. Talma en appelait

1. Lanjuinais à la séance de la Constituante du 17 mai 1791. *Archives parlementaires*, t. 26, p. 159. — Rapport de Durand de Maillane au nom des comités ecclésiastique et de Constitution, *Archives parlementaires*, t. 26, p. 170.

à la justice de l'Assemblée. Après débat, l'Assemblée renvoya l'examen de cette pétition à ses comités ecclésiastique et de constitution réunis (1).

C'était l'époque où la Constituante votait la réglementation du culte catholique en France. Elle resserrait l'union de l'Eglise et de l'Etat en augmentant les droits de l'autorité séculière et en diminuant ceux du Saint Siège. Le Clergé qui venait de perdre les prérogatives que l'union lui avait jusque là assurées fut hostile à l'innovation. La Constitution civile du Clergé des 12 et 24 juillet, 24 août 1790 fut, selon la remarque d'un historien, l'erreur la plus funeste de l'Assemblée (2). Elle jeta le trouble parmi les catholiques. Les curés assermentés, seuls reconnus par l'Etat, étaient déclarés schismatiques à Rome. Ceux qui avaient refusé le serment ne pouvaient exercer valablement leurs fonctions aux yeux de l'Etat.

L'inconvénient fut vivement senti pour les mariages et les actes de l'état civil. Le Pape, à l'occasion, ne manquait pas d'interdire aux fidèles de s'adresser pour ces actes aux prêtres constitutionnels. C'est ce qu'il fit notamment en accordant les dispenses nécessaires au premier mariage de Mademoiselle de Donnissan avec M. de Lescure (3). Les

1. *Archives parlementaires*, t. 17, p. 50.

2. Sorel. *L'Europe et la Révolution*, t. I, p. 228-230, t. II, p. 115 et s.

3. *Mémoires de la marquise de la Rochejaquelein*, 6e édit. 1848, p. 58 et 59 : « Madame de Chastellux, ma tante, qui avait suivi Mesdames à Rome, avait envoyé la dispense du pape nécessaire pour mon mariage ; elle portait qu'il ne pourrait être célébré que par un prêtre qui eût refusé le serment ou qui l'eût rétracté. Ce fut, je crois, la première fois que le pape fit connaître son opinion sur cette question... Nous fûmes mariés le 27 octobre 1791 ». — Le pape avait déjà, par ses

fidèles, en conséquence, s'adressaient souvent aux anciens prêtres qui, ayant refusé le serment, avaient été dépossédés.

La municipalité de Paris, ayant eu connaissance de semblables faits, demanda à l'Assemblée de lui présenter sur ce sujet une pétition (1). A la séance du 14 mai 1791, le maire de Paris Bailly fut admis à la barre et donna à l'Assemblée lecture de la pétition. La municipalité indiquait d'abord que des citoyens faisaient baptiser leurs enfants dans des maisons particulières sans les présenter à l'église paroissiale et qu'ainsi le fait de la naissance n'était pas constaté d'une façon conforme à la loi. Elle invoquait la liberté des croyances religieuses consacrée par l'art. 10 de la Déclaration des droits, qu'il fallait respecter. Elle faisait valoir, d'autre part, l'intérêt qu'avait la nation à connaître l'état civil de tous les citoyens. Elle demandait en conséquence de distinguer ce qui appartient aux religions de ce qui appartient aux lois civiles, de diviser les deux fonctions jusque là réunies entre les mains des prêtres catholiques. Pour cela, disait-elle, il faut faire une loi ordonnant « qu'à l'avenir les déclarations de naissance, de mariage et de mort, soient reçues par des officiers civils, dans une forme conciliable avec toutes les opinions religieuses ». A la suite de cette pétition, l'Assemblée décréta la mise à l'ordre du jour du rapport des comités ecclésiastique et de Constitution sur le mariage et les actes de l'état civil (2).

Ce rapport fut rédigé par Durand de Maillane. Il com-

lettres monitoriales du 13 avril 1791, déclaré nuls les mariages célébrés par les prêtres assermentés.

1. *Archives parlementaires*, t. 25, p. 720.

2. *Archives parlementaires*, t. 26, p. 76, 79.

prend trois parties : 1° le rapport sur le projet de décret des comités ecclésiastique et de Constitution concernant les empêchements, les dispenses et la forme des mariages ; 2° la suite et défense du rapport ; 3° le rapport sur l'affaire du sieur Talma (1). Nous devons indiquer les idées essentielles énoncées dans ces trois documents.

Les deux premiers envisagent la question de la législation du mariage d'un point de vue général. L'idée commune qui s'en dégage, c'est que la puissance civile a qualité pour déterminer la forme et les conditions du mariage. Mais, d'accord sur cette conséquence, le rapport et sa défense ne le sont plus sur le fondement à lui attribuer. Il y a entre eux une différence capitale ; l'un s'inspire directement des doctrines de Le Ridant et des civilistes ; l'autre donne déjà l'expression de la doctrine moderne de la sécularisation du mariage avec indépendance des deux puissances.

Nous avons vu précédemment que Durand de Maillane avait défendu la doctrine des deux pouvoirs. Mais celle-ci dans la seconde partie du XVIII<sup>e</sup> siècle, accordait si peu de droits à l'Eglise que, pratiquement, elle ne différait guère de celle de Le Ridant. Aussi ne doit-on pas s'étonner si cette dernière se trouve formulée dans le premier rapport de Durand de Maillane. Ce rapport part de l'idée que le mariage est un contrat civil et « que l'Eglise n'a cessé de croire que le consentement libre des parties fait le mariage ». Il appartient à la puissance civile seule d'en régler les conditions. La bénédiction nuptiale qui intervient ensuite sanctifie l'union, confère aux époux les grâces de la loi

1. *Archives parlementaires*, t. 26, p. 166-187.

nouvelle, mais ne change rien au mariage. Dans le système que l'on propose, les citoyens pourront, s'ils le veulent, se borner au contrat civil. Les catholiques pourront recevoir la bénédiction nuptiale « mais ce ne sera qu'après avoir fait comme les autres leur déclaration devant les officiers municipaux qui en retiendront l'acte et la minute dans leurs registres » (1). Le but que l'on poursuit est d'assurer l'état civil de tous les citoyens, sans distinction de croyances religieuses.

Appliquant ce principe, on propose de supprimer certains empêchements, de prohiber les dispenses, et de prescrire la déclaration des mariages devant les officiers municipaux. Toutes ces modifications se feront par la seule autorité de l'Etat, sans y faire concourir la puissance ecclésiastique. Objectera-t-on que c'est là une matière pour laquelle l'Assemblée est incompétente ? Le rapport ne nie pas qu'on soit ici en matière ecclésiastique, mais il répond en affirmant le principe étatiste avec une telle énergie, qu'il faut en reproduire les termes pour n'en pas diminuer la portée. « Qu'on ne dise pas, déclare-t-il, comme on se permet de dire, que l'Assemblée est incompétente dans ses réformes ecclésiastiques ; comme si une grande nation pouvait jamais être incompétente en aucune matière pour opérer le bien ; comme si aucune forme pouvait être supérieure à son vœu, quand il est général, sage et utile ; comme si enfin elle ne pouvait

1. Il est vrai que cette exigence est écartée dans le projet qui suit le rapport. Mais c'est l'effet d'une modification postérieure à la rédaction du rapport ; c'est une concession aux réclamations dont il fut l'objet. Durand de Maillane le déclare lui-même dans la défense du rapport.

se rendre libre et heureuse par une Constitution qui n'est, dans ses principes que l'expression de la raison. »

La solution donnée touche à la discipline ecclésiastique en même temps qu'à la législation civile. C'est bien la doctrine de Le Ridant qui inspire tout cela. Ce qui fait le mariage, c'est le consentement des parties ; aussi prend-on soin dans le projet de décret qui accompagne le rapport de ne pas employer l'expression de célébration, mais celles de constatation ou de déclaration de mariage (t. II, art. 1, 3, 7, 10, t. III, art. 10). La déclaration du mariage devant l'officier municipal imposée aux catholiques avant de recevoir la bénédiction nuptiale est comme la manifestation extérieure de la doctrine qui considère le sacrement comme s'ajoutant à un mariage déjà existant.

La défense du rapport a eu pour but de répondre aux objections et aux critiques adressées au projet de décret et à la doctrine qui le justifiait. Durand de Maillane reprend tout d'abord pour la soutenir l'idée « que le mariage est un contrat comme tous les autres contrats passés entre les hommes sans qu'il puisse cesser d'être tel, parce que la religion catholique en a fait un sacrement. » Il prétend que la distinction du contrat et du sacrement n'a été condamnée par aucun concile, pas plus que n'a été infirmée la coexistence au profit des deux puissances de droits sur le mariage. Il invoque en sa faveur l'autorité de S[t] Thomas d'après lequel le mariage peut-être considéré à trois points de vue : 1° du droit naturel : 2° du droit civil ; 3° du droit divin.

Tout cela nous apparaît comme la suite logique des doctrines antérieures à la Révolution. Ce sont toujours les façons de raisonner de Gerbais et de Le Ridant. Quelle que

soit la part faite à chaque puissance, il s'agit toujours de régler l'union de l'Eglise et de l'Etat en matière de mariage. Dans la doctrine du rapport, c'est l'Etat qui a le rôle le plus important ; l'Eglise devra accepter les solutions qu'il donne quant à la validité du mariage.

Si la défense commence par adopter cette manière de voir, il arrive cependant un moment où elle s'en écarte pour nous laisser entrevoir la notion moderne de la séparation du temporel et du spirituel en matière de mariage. A supposer, dit-on, que dans la doctrine catholique, le contrat ne puisse être séparé du sacrement, le projet de décret est compatible avec l'autorité de l'Eglise. La puissance séculière a le droit de régler souverainement l'état civil et conjugal de ses sujets. Mais l'Eglise, de son côté, restera libre dans sa législation spirituelle. « Les lois de l'Eglise restant les mêmes pour le sacrement de mariage, le même usage des dispenses aura lieu, ou pourra avoir lieu dans l'ordre spirituel de son administration. Les parties qui en auront besoin s'adresseront aux évêques pour les obtenir, jusqu'à ce que l'Eglise trouve bon de les rendre ou superflues ou moins nécessaires, en accomodant ses règlements à ceux que les comités proposent pour une plus grande facilité dans les mariages et les plus grands biens de la société. » On tend par là à assurer dans cette matière plus de liberté et plus d'indépendance à chacune des deux puissances. Il en résultera la coexistence de deux mariages : l'un civil, l'autre religieux, indépendants l'un de l'autre. Ce système a une conséquence logique que la défense du rapport admet pour donner satisfaction aux réclamations faites : c'est la possibilité de recevoir la bénédiction nuptiale avant de déclarer

son union à l'officier municipal, c'est-à-dire de contracter seulement le mariage religieux qui sera inefficace aux yeux de la loi civile. « Nous n'avons rien vu, dit-on, de plus conforme à la Constitution ou à son esprit qui est d'étendre plutôt que de restreindre la liberté de chacun, des catholiques comme des non catholiques, à qui il sera également permis de faire cette déclaration avant comme après leurs cérémonies respectives et religieuses ».

Ce que l'on veut dans tout cela, c'est assurer l'état civil de tous les citoyens sans distinction de croyances religieuses. On veut même leur assurer la plus grande liberté quant à la célébration du mariage religieux. C'est l'application des principes antérieurement posés par la Déclaration des droits. On dit nettement que « l'édit de novembre 1787 concernant les mariages de non-catholiques a déjà frayé le chemin dont la nouvelle constitution exige l'agrandissement ».

Le rapport sur l'affaire du sieur Talma contient l'application des principes antérieurement posés. La loi civile ne doit voir dans le mariage que le contrat et le rendre possible malgré le refus du prêtre. Mais l'affaire de Talma doit rester soumise aux lois ecclésiastiques. Le curé de S^t Sulpice est donc en règle quand il refuse la bénédiction nuptiale à ceux qui exercent une profession réprouvée par l'Eglise. La puissance civile en déterminant la forme et les conditions du mariage doit laisser « pour tout ce qui ne regarde que l'administration religieuse du sacrement, les ministres de l'Eglise dans le droit et la liberté de le régler comme ils trouvent meilleur pour le salut des âmes et la plus grande gloire de Dieu ».

Les trois rapports ayant été présentés à l'Assemblée, celle-

ci, dans les séances du 17 et du 19 mai 1791 (1) délibéra sur le projet de réglementation civile du mariage. On s'occupa surtout de la formation du mariage. On proposait une déclaration de mariage devant l'officier municipal remplaçant la célébration par le curé afin de mieux assurer la liberté de conscience. En cela on songeait surtout aux catholiques qui n'avaient pas accepté la Constitution civile du clergé et qui, à raison de leur qualité même de catholiques, ne pouvaient invoquer l'édit de 1787. Lanjuinais déclara au nom des comités ecclésiastique et de constitution que la discussion du projet « paraissait presque oubliée, lorsque le dissentiment qui s'est établi entre les catholiques au sujet de la Constitution civile du clergé, et les désordres qui s'en sont suivis, par le refus de se présenter au curé assermenté, ont rendu de plus en plus nécessaire et urgente l'exécution du projet .. sur le mode civil de constater les mariages, naissances et décès ». Treilhard exprima la même idée dans la discussion. Il invoqua l'égalité des citoyens devant la loi, la liberté de conscience.

Cependant certains membres de l'Assemblée parlèrent contre le projet. Les uns firent valoir qu'il troublerait les habitudes acquises et serait mal accueilli dans les provinces. Il était préférable d'attendre et de voir comment les innovations que devait réaliser la Constitution seraient accueillies avant de trancher une question aussi importante. Rewbel s'opposa au projet de décret pour d'autres motifs. Il déclara que les principes dont il s'inspirait étaient sages, mais que l'application qu'on en voulait faire était préma-

1. *Archives parlementaires*, t. 26, p. 159-161, 237, 238.

turée. Il fit remarquer que ceux qui devaient profiter de l'innovation étaient les catholiques non conformistes qui cependant n'étaient pas plus gênés par l'ordre actuel des choses que les luthériens ou les calvinistes. Il ne fallait pas. d'après lui, retirer aux prêtres assermentés des fonctions depuis longtemps attribuées au clergé, avant que leur autorité ne se fût affermie. Il ne fallait pas, pensait-il « donner de la consistance à la secte qui voulait s'élever » mais attendre qu'elle se fût éteinte d'elle-même. Rewbel voyait dans le projet de décret un acte de tolérance dont les conséquences pouvaient être dangereuses dans les circonstances présentes.

L'Assemblée se rangea à l'avis des opposants et prononça l'ajournement du projet. Elle n'eut à revenir sur la question que lors du vote de la Constitution. A la séance du 27 août 1791 (1), elle vota la disposition suivante que devint l'art. 7 du titre II de la Constitution : « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. Le pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés ; et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes ». Cet article contenait le principe que le mariage serait réglé uniquement par la puissance séculière. Cette idée ne fut pas contestée. Quant au point de savoir quels officiers publics seraient chargés de recevoir les actes de l'état civil, l'évêque de Rouen fit remarquer que le moment n'était pas bon pour retirer aux prêtres une marque de confiance nécessaire au succès de leurs fonctions. Lanjuinais

1. *Archives parlementaires*, t. 29, p. 746, 747.

lui répondit que l'article proposé ne s'opposait pas à ce que l'on confiât la tenue des registres de l'état civil aux ecclésiastiques.

En vertu de cette disposition constitutionnelle, l'Assemblée législative avait à s'occuper du mariage et des actes de l'état civil. Les inconvénients de la Constitution civile du clergé se multipliaient à mesure que les rétractations de serment se produisaient plus souvent et que les curés non-jureurs, en nombre toujours croissant, reprenaient leurs anciennes fonctions avec l'appui de leurs paroissiens, en chassant ceux qu'ils appelaient les intrus. Beaucoup de citoyens ne savaient comment faire constater leur état civil: Leurs croyances religieuses leur faisaient un devoir de s'adresser au prêtre réfractaire, tandis que comme citoyens ils devaient recourir au prêtre assermenté. Aussi, à la séance du 3 novembre 1791, Gensonné recherchant les causes des troubles religieux, disait : « On a laissé subsister trop longtemps la confusion des fonctions civiles et ecclésiastiques qui s'était opérée sous l'ancien régime dans les mains des ministres de la religion. Il en est résulté que les personnes qui sont demeurées attachées aux anciens fonctionnaires publics n'ont su, après leur remplacement à qui s'adresser pour faire constater leur état civil ou celui de leurs enfants. Ainsi, lorsque la déclaration des droits semblait garantir à tous les citoyens le libre exercice de leur culte, la réunion incompatible de ces deux fonctions exercées par le ministre d'un culte exclusivement à tout autre, subordonnait en quelque sorte l'existence politique des citoyens à l'admission d'un système religieux. » (1)

1. *Archives parlementaires*, t. 34, p. 614.

En vue d'éviter ces inconvénients, en vue d'assurer l'état civil de tous les citoyens sans distinction de croyances religieuses, le comité de législation présenta à l'Assemblée le projet qui devint la loi du 20 septembre 1792. Muraire, dans son rapport à la séance du 15 février 1792 (1), s'attacha à montrer que l'établissement d'un mode civil de constater l'état des personnes empêcherait les agitations et les troubles que l'on avait signalés et que causait le refus de reconnaître le clergé constitutionnel. Il déclara que la mesure proposée avait en vue d'assurer la liberté de conscience.

S'attachant ensuite spécialement au mariage, il chercha à établir que la puissance séculière avait le droit de le régler. Sur ce point, il se rattache à la démonstration présentée par le premier rapport de Durand de Maillane, à la doctrine des civilistes. Pour lui, le mariage est un contrat soumis seulement à l'autorité séculière. Le sacrement s'y ajoute, mais n'y change rien. C'est d'ailleurs si bien la doctrine traditionnelle que suit Muraire, qu'il cite dans son rapport les ordonnances de nos rois, l'opinion de Pothier, de Van Espen et de Sanchez.

Le projet rencontra quelques adversaires. A la séance du 17 mars 1792 (2), François (de Neufchâteau) le combattit en faisant valoir que la France n'était pas prête à supporter une telle innovation. On croira, disait-il, que la loi a détruit le sacrement et les prêtres ennemis de la patrie accréditeront cette erreur. Il proposait d'étendre « l'édit de 1787 à tous ceux des Français de tout culte quelconque, même aux

1. *Archives parlementaires*, t. 38, p. 530-537.
2. *Archives parlementaires*, t. 40, p. 71-76.

catholiques qui préfèreront de constater par cette voie l'état des personnes auxquelles ils seront intéressés ». Muraire répondit que la loi était une conséquence nécessaire de la liberté de conscience et qu'elle était destinée à mettre un terme à la situation dans laquelle se trouvaient les citoyens qui n'avaient pas voulu reconnaître les prêtres assermentés. A la séance du 10 avril (1), Vergniaud déclara qu'on ne voulait pas toucher au sacrement, mais laisser les citoyens libres de pratiquer les cérémonies de leur culte.

Après des discussions souvent interrompues par les événements politiques, le projet devint la loi du 20 septembre 1792 qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens. Cette loi contient plus que son titre n'annonce. Elle détermine les conditions de forme et de fond du mariage, en restreignant le nombre des anciens empêchements et en supprimant tous ceux qui avaient un caractère religieux. Les mariages devront être contractés devant un officier municipal. Le projet de la Constituante parlait d'une simple déclaration de mariage. Le décret de 1792 organise une célébration avec rôle actif de l'officier public. Celui-ci, après que les parties ont échangé devant lui les consentements, les déclare unies en mariage. Sans accepter le système que proposait Gohier à la séance du 19 juin 1792 (2), on a voulu rehausser la conclusion du mariage par l'intervention active du représentant de la société.

En organisant la sécularisation du mariage, la loi de 1792 n'a pas seulement développé les doctrines de notre ancien

1. *Archives parlementaires*, t. 41, p. 417-421.
2. *Archives parlementaires*, t. 45, p. 387-393.

droit. Ce qu'il y avait de commun entre l'ancienne et la nouvelle législation, c'était le principe étatiste dont elles s'inspiraient l'une et l'autre. Avant la Révolution, l'Etat avait dans la législation du mariage l'influence prépondérante. Après la constitution de 1791 et le décret de 1792, il légiférait seul. La différence essentielle entre ces deux états du droit venait du principe nouveau de la liberté de conscience et de culte. En sécularisant le mariage, on avait voulu laisser de côté toutes les croyances religieuses afin d'assurer l'égalité entre elles. On avait voulu en même temps leur procurer la liberté. Chaque citoyen conservait le droit de faire bénir son union par le ministre de sa religion, même avant que, par l'intervention de l'officier municipal, cette union existât aux yeux de la loi. Cela impliquait pour chaque religion, la faculté de régler librement le mariage à son point de vue. Les civilistes de l'ancien droit reconnaissaient à l'Etat le droit d'établir des empêchements dirimants et ceux-ci s'imposaient à l'Eglise : de même un empêchement supprimé par le prince n'aurait plus existé même au point de vue religieux. Dans la doctrine du mariage sécularisé, il n'en est plus de même. L'Eglise conserve pleine autorité quant à l'établissement des empêchements au point de vue religieux : les décisions de l'autorité séculière ne lui sont pas opposables. L'Eglise et l'Etat n'exercent plus leurs pouvoirs sur un même acte, mais sur deux actes différents : le mariage religieux et le mariage civil. Chacune des deux puissances a dès lors pleine liberté et est pleinement indépendante dans la sphère de ses attributions.

Conséquences logiques des principes appliqués, ces idées ne furent pas toujours exactement suivies dans la suite. Il

était bien difficile de se dégager des traditions du passé, bien difficile aussi à la Convention assaillie de toutes part, combattant sans cesse contre les ennemis du dedans et du dehors, de respecter la liberté de tous. Il se souvenait trop du passé et ne se rendait pas bien compte du changement accompli le Conseil épiscopal et métropolitain de Paris lorsque, le 31 décembre 1792, il décidait « que les empêchements supprimés par la loi du 20 septembre dernier étant de la compétence de l'autorité civile, les fidèles ne seraient plus tenus de recourir à l'évêque pour les dispenses de ces sortes d'empêchements ». Il prévoyait d'ailleurs que certains fidèles auraient plus de scrupules car il ajoutait aussitôt « que si quelques personnes croient pour la tranquillité de leur conscience avoir encore besoin d'être dispensées de ces empêchements, ces sortes de dispenses leur soient délivrées sans difficulté. » (1)

La Convention porta aussi plusieurs atteintes à l'indépendance de l'Eglise en matière de mariage (2). Dans une instruction du 22 janvier 1793, son conseil exécutif défendit aux prêtres de tenir des registres pour la constatation des sacrements et de publier des bans de mariage. Il interdisait en même temps de demander à ceux qui se présentaient pour recevoir la bénédiction nuptiale d'autres conditions que celles prescrites par le décret du 20 septembre 1792. Les résistances du clergé s'étant produites surtout pour le mariage des prêtres ou des époux divorcés, par le décret

1. Cité dans Robinet, *Le mouvement religieux à Paris pendant la Révolution*, t. II, p. 300-303.

2. Debidour. *Histoire des rapports de l'Eglise et de l'Etat en France de 1789 à 1870*, p. 119-121.

des 19-29 juillet 1793, la Convention décida « que les évêques qui apporteraient soit directement, soit indirectement quelque obstacle au mariage des prêtres, seraient déportés et remplacés ». Un décret du 12 août suivant déclara par son art. 9 cette disposition applicable à tout prêtre qui porterait la moindre opposition à la loi concernant l'état civil des citoyens ou à celle du divorce.

Mais tous ces actes de la Convention sont des moyens de guerre. Ils ne sont pas rendus en application des principes sur le mariage. Combien Brissot était plus avisé en écrivant dans le *Patriote français* du 2 mars 1793 que la Convention n'avait pas à se préoccuper des opinions des évêques sur le mariage des prêtres, que, si elle le faisait, elle « serait transformée en Concile (1) ». C'était la vraie doctrine libérale, mais elle ne pouvait pas l'emporter à une époque où la nécessité acculait la Révolution à la violation de ses principes.

Nous avons dit que la sécularisation s'était faite en déclarant que la loi ne considère le mariage que comme contrat civil. C'était l'expression de l'ancien droit, mais on allait

1. « L'évêque du département des Ardennes a fait un mandement contre le mariage des prêtres. Ce n'est pas le premier de ce genre qui soit sorti de la plume d'un évêque constitutionnel. On a beaucoup crié contre Fauchet parce qu'il condamnait ces mariages. On pourrait prouver qu'il a tort même catholiquement parlant... Encore une fois, quelle que soit une pareille opinion, elle n'est aucunement du ressort d'une Assemblée politique et, par conséquent, la Convention n'aurait pas dû consacrer une partie considérable de sa séance à discuter pour ou contre un évêque. L'évêque a été mandé à la barre ; il est évident que quand il paraîtra, la Convention sera transformée en Concile. Si elle eût voulu rester ce qu'elle doit être, elle aurait déclaré qu'elle ne connaît ni évêques ni prêtres ».

en tirer une conséquence à laquelle nos anciens auteurs n'avaient point songé. Ce qu'ils retenaient surtout dans cette expression, c'était le mot « civil » qui leur servait à affirmer la compétence de la puissance séculière. L'idée de contrat avait été invoquée pour fonder l'autorité de l'Etat sur le mariage.

Mais les législateurs de la période intermédiaire ne s'en tinrent pas là. Ils tirèrent de l'idée de contrat les conséquences qu'elle comportait. C'est ce que fit Aubert Dubayet à la séance du 30 août 1792 (1). Il fit remarquer qu'on considérait le mariage comme un contrat civil, mais qu'on n'avait pas encore parlé de la manière dont ce contrat pouvait être rompu. Il proposait en conséquence d'admettre le divorce. Il ne s'en tenait point d'ailleurs à cet argument purement théorique, mais il invoquait en faveur du divorce des raisons de convenance. On devait ainsi éviter l'asservissement de la femme. Il alléguait qu'on supporte plus facilement ses peines quand on est maître de les faire finir.

L'Assemblée déclara que le mariage est un contrat dissoluble par le divorce. Elle ne s'arrêta point à l'objection de Guadet prétendant que cette déclaration était inutile, ce principe ayant été déjà décrété, et qu'il en avait déjà fait lui-même l'application dans un tribunal de famille (2).

A la séance du 7 septembre (3), Robin, rapporteur fit voir que le divorce était la conséquence de la Déclaration des droits et de l'article de la Constitution qui ne considérait le

1. *Archives parlementaires*, t. 49, p. 117, 118.
2. Une loi du 4 floréal an II, art. 8 confirma les divorces accomplis avant la loi du 20 septembre 1792.
3. *Archives parlementaires*, t. 49, p. 432, 433.

mariage que comme un contrat civil. En conséquence, le comité s'était efforcé de l'établir de la façon la plus large, tout en cherchant à en empêcher les abus. Dans les discussions, peu nombreuses d'ailleurs, sur le projet, il fut répété souvent que le mariage était un contrat et que comme tel il devait être dissoluble. Il en résulta le décret du 20 septembre 1792 qui admit le divorce d'une façon très large (par consentement mutuel, pour incompatibilité d'humeur, pour causes déterminées). Les résultats d'une telle loi à une époque troublée furent désastreux. Qu'il nous suffise de dire que le nombre des divorces arriva, à Paris, à dépasser celui des mariages.

Etait-ce l'application exacte des principes ? Le divorce largement admis est-il la conséquence nécessaire de la sécularisation du mariage ? On l'a dit (1) et dès lors il était bien facile de combattre cette dernière. Il nous semble au contraire que le raisonnement d'Aubert Dubayet péchait par la base. Oui, sans doute, le mariage est un acte civil qui intéresse au plus haut degré la société et dont elle doit poser les règles. Oui, le mariage est bien formé par le consentement des époux, mais ce n'est pas un contrat, et l'on ne prouve rien contre la sécularisation quand on affirme qu'elle assimile le mariage à une société ou à un cheptel. La vraie notion du mariage civil, nous la trouvons dans le rapport

1. Gairal. *Le mariage civil et le mariage religieux*, dans la *Revue catholique des institutions et du droit*, 1880, 1er sem.. t. XIV, p. 262. — On a dit aussi, en voulant défendre l'institution du divorce, qu'elle était une conséquence logique de la théorie qui considère le mariage comme un contrat civil. Sagnac. *La législation civile de la Révolution française*, p. 284. — Juridiquement, cette conception nous paraît inexacte.

même de Robin qui eut seulement le tort de ne pas s'y attacher assez. Le comité, disait-il, « a considéré que le mariage n'était point un contrat de pur droit naturel qui pût être abandonné au caprice des conjoints ; il a vu que c'était aussi une institution politique consacrée par la loi, que sa conservation n'intéressait pas seulement les époux, mais encore les enfants... et la société entière. » Le divorce ne doit donc pas être admis sous le prétexte faux que le mariage serait un contrat comme un autre dissoluble par mutuel dissentiment ou pour inexécution des obligations qu'il impose. Le mariage crée un état dont le maintien importe à la société. Mais cet état ne peut-il pas cesser, le divorce ne doit-il pas être admis pour des causes plus ou moins nombreuses ? C'est une question à examiner par le législateur mais que ne tranche point le caractère d'acte civil attribué au mariage.

Cette idée ne fut pas admise pendant la Révolution parce qu'on avait trop dans l'esprit la formule de nos anciens auteurs que le mariage est un contrat civil. La liberté paraissait alors si précieuse qu'on croyait contraire au droit d'admettre qu'un homme pût disposer de lui-même par un engagement indissolube. Singulière force des mots : dans l'année qui suivit celle où le divorce était sorti de l'idée que le mariage est un contrat civil, la Convention tirait de la notion du contrat social le droit à l'insurrection pour tous les citoyens (1).

1. Constitution du 24 juin 1793. Déclaration des droits. Art. 33. La résistance à l'oppression est la conséquence des autres droits de l'homme. — Art. 35. Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs.

Le divorce largement autorisé par la loi de 1792, le mariage des prêtres rendu possible et que la Convention encourageait ne pouvaient être admis facilement par le clergé constitutionnel. Sans doute, beaucoup de prêtres se marièrent : quelques uns n'avaient même pas attendu pour cela la loi de 1792. L'évêque constitutionnel Thomas Lindet, membre de la Convention, contracta mariage et l'annonça à l'Assemblée. Mais, en général, le clergé constitutionnel tenait pour l'interdiction aux prêtres de se marier. D'ailleurs il ne contestait point le droit pour la puissance séculière de rendre les décrets du 20 septembre 1792. Le Conseil épiscopal et métropolitain de Paris, dans une délibération du 31 décembre 1792 (1), allait même jusqu'à dire, comme nous l'avons vu, que les empêchements supprimés par l'Assemblée législative n'existaient plus au point de vue religieux. Il prescrivait d'ailleurs la tenue de registres pour les baptêmes, mariages et sépultures. Les membres du clergé devant s'efforcer de faire observer les lois de la République, il déclarait que la bénédiction nuptiale ne devait être donnée qu'à ceux qui justifieraient de l'existence du contrat civil.

Le Concile national de France, dans sa sixième et dernière séance, tenue le 12 novembre 1797 (22 brumaire an VI) reconnaissait de même qu'il appartenait à l'Etat de régler la forme et les conditions des mariages. (2) Il prescrivait les règles à suivre par les fidèles et les pasteurs pour la réception et l'administration du sacrement. Il déclarait

1. Cité dans Robinet, *Le mouvement religieux à Paris pendant la Révolution*, t. II, p. 300-302.

2. Décret sur le sacrement de mariage, dans la *Collection des pièces imprimées par ordre du Concile national de France.*

que « l'église gallicane ne reconnaît pour mariages légitimes que ceux qui ont été contractés suivant les lois civiles » et que » la validité du mariage est indépendante de la bénédiction nuptiale. » Celle-ci ne devait être donnée qu'après « que les époux auraient rempli les formalités prescrites par la loi civile ». Mais le Concile se séparait de la législation de 1792 en ce qu'il déclarait l'Eglise gallicane « inviolablement attachée à la doctrine évangélique et à l'enseignement de l'Eglise universelle sur l'unité, la perpétuité et l'indissolubilité du mariage ». En conséquence, la bénédiction nuptiale ne pouvait pas être donnée aux époux divorcés ; elle ne pouvait pas l'être non plus aux ecclésiastiques engagés dans les ordres sacrés (1). Le Concile prescrivait de ne bénir les mariages contractés entre beau-frère et belle-sœur, oncle et nièce, tante et neveu, « qu'avec l'autorisation expresse de l'évêque, laquelle ne sera accordée que très rarement et pour des raisons très graves ». La même autorisation était nécessaire pour bénir les mariages entre cousins germains. La bénédiction devait être donnée par le propre curé de l'un des époux et précédée de deux publications.

Déjà en 1793, l'évêque constitutionnel du Calvados, Fauchet avait, dans une lettre pastorale, expliqué la portée des décrets du 20 septembre 1799 (2). Il recommandait aux prêtres et aux fidèles l'observation les lois de la République, celles-ci laissant pleine liberté aux catholiques. Mais, ajou-

1. Même solution dans une lettre encyclique du 15 mars 1795 émanée de plusieurs évêques et citée par Agier, *Du mariage dans ses rapports avec la religion et les lois nouvelles de la France*, t. II, p. 114.
2. Voy. dans Robinet, *op. cit.*, t. II, p. 46-51.

tait-il, les cérémonies religieuses (baptême, bénédiction nuptiale, prières des funérailles) n'en sont pas moins indispensables. Il disait que ceux qui, après divorce, contractaient un nouveau mariage, se séparaient par cela même de l'Eglise catholique. On doit être affligé que la loi le permette, mais on est obligé de la respecter. La loi civile permet aux divorcés de se remarier : mais, sur ce point, elle laisse pleine liberté aux citoyens. Elle ne les force pas à suivre les règles de leur religion, car c'est un point de croyance qui ne la regarde pas. Elle permet de même le mariage des prêtres. L'Eglise ne conteste pas cette loi civile ; mais tout prêtre qui usera de cette faculté sera par cela seul déchu de ses fonctions saintes. En conséquence de ces principes, l'évêque du Calvados défendait de donner la bénédiction nuptiale à un prêtre marié. Il prescrivait d'autre part de tenir registre des baptêmes, mariages et sépultures. Les bans de mariage seront publiés comme à l'ordinaire et l'évêque n'en accordera dispense qu'après s'être assuré que ceux qui se présentent ne sont par divorcés. A l'égard des empêchements supprimés, il prévoyait celui de parenté et prescrivait, pour le sacrement, d'en demander dispense. Dans tout cela, il semble bien que le clergé constitutionnel considérait le mariage réglé par la loi civile comme le seul vrai mariage auquel venait s'ajouter le sacrement. C'est bien là, semble-t-il, l'idée contenue dans le mandement de Fauchet, bien qu'il admette la possibilité de la bénédiction nuptiale antérieure à la formation du mariage. C'est le développement de la doctrine des civilistes qui voulaient imposer à l'Eglise les solutions données sur le mariage par la puissance séculière.

On comprend que les ultramontains et la Cour de Rome aient écarté ces solutions. Dans le mariage des chrétiens célébré suivant la forme prescrite par le décret du 20 septembre 1792, ils ne voyaient qu'un acte purement civil destiné à procurer les effets civils. La Papauté qui depuis le 25 septembre 1791 n'eut plus de relations, même officieuses, avec le gouvernement français, fut amenée à se prononcer par une lettre de l'évêque de Luçon. La réponse fut donnée sur l'avis de la congrégation des cardinaux, le 28 mai 1793. Dans cette réponse il était dit, tout d'abord, que les formes prescrites par le Concile de Trente étant pratiquées dans le diocèse de Luçon, il y avait présomption que le Concile y avait été publié. En outre, les fidèles de Luçon ne devront pas contracter mariage devant l'officier municipal, car celui-ci est réputé à bon droit schismatique ou pour le moins fauteur de schisme ; ils devront éviter de se souiller par un contact quelconque avec le schisme. S'ils ne peuvent avoir un prêtre, ils devront contracter mariage en présence de témoins, autant que possible catholiques, avant de se présenter à la municipalité. Ceci fait, rien ne les empêche de se présenter à la municipalité pour y faire la déclaration prescrite par l'Assemblée nationale en vue de s'assurer les effets civils ; mais ils devront bien se persuader qu'en cela ils ne contractent pas mariage, mais font un acte purement civil.

Les mariages des catholiques contractés simplement devant les officiers municipaux et même bénis par les prêtres assermentés, tant qu'il avait été possible de s'adresser aux anciens curés étaient nuls aux yeux de la Cour de Rome. Il

1. Theiner. *Documents inédits relatifs aux affaires religieuses de la France*, t. I, p. 170-177.

en était autrement de ceux contractés après l'exécution du décret ordonnant la déportation des prêtres. Aussi, lorsque l'archevêque de Nicée, Maury, croyant la contre-révolution prochaine, présentait au pape, le 23 juin 1793, un plan d'action (1), il avait soin de faire la distinction. Le pape devrait, disait-il, déclarer nuls les premiers ainsi que tous ceux « contractés avec des empêchements dirimants sans dispense ou avec la seule dispense des évêques intrus » et ordonner à « ceux qui ont contracté de pareils mariages de se séparer immédiatement sous peine d'excommunication majeure. » Quant aux mariages contractés après la déportation des prêtres catholiques, les parties devraient seulement recevoir « une nouvelle bénédiction nuptiale dans la forme consacrée par l'Eglise pour attirer sur leur union les grâces attachées à ce sacrement ». Ces mariages se trouvaient valables *solo consensu* parce qu'il avait été impossible de se procurer la présence du prêtre.

Enfin en 1794, la bulle *Auctorem fidei* vint affirmer, contrairement aux décisions du synode de Pistoie, le droit pour l'Eglise d'apposer au mariage des empêchements prohibitifs ou dirimants.

Il résulte de ces actes que la papauté ne reconnaissait, quant au lien matrimonial, aucune autorité à la législation civile. Cette doctrine va, dans la suite, triompher chez les catholiques. Le clergé constitutionnel s'en tenait à la vieille idée des civilistes imposant à l'Eglise les solutions données

1. Theiner. *Documents inédits...*, t. I, p. 381-420. Ce mémoire s'occupait aussi du mariage des non catholiques pour dire qu'il faudrait supprimer l'édit de 1787.

par l'Etat en matière de mariage (1). Cependant il n'acceptait point les dispositions contraires aux règles fondamentales de l'indissolubilité du mariage et du célibat des prêtres. Mais l'Eglise constitutionnelle n'eut qu'un temps et le pape reprit son autorité sur la France. La législation civile, dans son principe, n'entendait rien imposer à l'Eglise, mais seulement en être indépendante. Il en résultera deux courants parallèles de législation du mariage. L'Eglise et l'Etat auront des lois distinctes, parfois contraires, mais jamais contradictoires car elles ne porteront pas sur le même objet. L'Eglise réglera le mariage religieux, l'Etat le mariage civil. C'est là le résultat de la sécularisation dérivant du double principe que nous avons indiqué. L'Etat a pris la législation du mariage, parce qu'il a voulu exercer tous ses droits et se rendre indépendant de l'Eglise et parce qu'aussi il a voulu assurer l'état civil des citoyens sans distinction de croyances religieuses. Par respect de ces mêmes croyances, il laisse entière liberté à l'Eglise. Celle-ci use de son indépendance en maintenant les anciennes règles canoniques du mariage dont elle a désormais seule la garde. Ce double système contenu en germe dans les institutions de la période intermédiaire était encore mal dégagé. Le code civil s'y conforma dans ses dispositions, tandis que l'Eglise restait fidèle à l'ancienne législation canonique du mariage.

1. Cette doctrine fut défendue par Agier. *Du mariage dans ses rapports avec la religion et les lois nouvelles de la France ;* voy notamment, t. II, p. 8-11. 378, 444-450.

## CHAPITRE II

### LE MARIAGE DANS LES ARTICLES ORGANIQUES ET DANS LE CODE CIVIL.

Au sortir de la période révolutionnaire, le gouvernement du Consulat consacra dans le Code civil la législation séculière du mariage. Auparavant il avait, dans l'art. 54 de la loi organique de la Convention du 26 messidor an IX posé en règle que la célébration civile du mariage devait précéder la bénédiction nuptiale.

Le Code civil a voulu, comme la Constituante et la Législative, assurer l'état civil indépendamment des croyances religieuses. On n'a pas entendu empêcher les citoyens de recourir aux cérémonies de leur culte pour faire sanctifier leur union, mais on a voulu que ce fût là un acte purement volontaire. En cela on a pensé que, tout en exerçant le pouvoir de l'Etat sur le mariage, on respectait les droits des Eglises. « Un sentiment, un acte religieux, a dit Boutteville, orateur du Tribunat, dans la séance du Corps législatif du 26 ventôse an XI, ne serait plus un sentiment, un acte vraiment religieux, il ne serait plus digne de l'être vers lequel il s'élève, s'il n'était pas l'émancipation la plus libre de



l'âme ; s'il n'était qu'un acte d'obéissance à la puissance humaine (1) ».

On a fondé le pouvoir de l'Etat en notre matière sur la nature même du mariage. Cependant Portalis, orateur du gouvernement, s'est bien gardé d'y voir un pur contrat civil. Dans le discours préliminaire du projet de Code civil (2) et dans l'exposé des motifs qu'il fit à la séance du Corps législatif du 16 ventôse an XI (3), il prit soin d'écarter à la foi l'opinion des jurisconsultes qui ne voient dans le mariage qu'un contrat civil et celles des canonistes qui n'y aperçoivent qu'un sacrement. Pour lui, ce contrat à son principe dans la nature. En lui-même, le mariage « c'est la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée ». Ce contrat ne peut être abandonné à la licence des passions ; la loi civile doit le règler, en fixer les conditions de validité. Tel est le rôle de l'Etat. Quant à l'Eglise, elle veillera sur la sainteté du sacrement. Portalis à ce dernier point de vue, ne précise pas plus et, législateur civil, il n'avait pas à examiner davantage une question qui n'était pas de sa compétence. Il visait seulement à établir le droit de l'Etat et son indépendance. En cela, il semble souvent s'inspirer des doctrines des civilistes qui prétendaient imposer à l'Eglise la solution donnée par la législation civile quant au lien matrimonial. Mais l'Eglise ne voudra pas plus

1. Locré. *Législation de la France*, t. IV, p. 550.
2. Locré, *op. cit*, t. I, p. 272 et s.
3. Locré, *op. cit.*, t. IV, p. 470 et s.

accepter les solutions du Code civil que celles de la loi de 1792.

Portalis, en disant que le mariage n'est pas un pur contrat civil et en nous en donnant la définition, semble avoir voulu écarter la dissolution par mutuel dissentiment. Le mariage, d'après lui, crée un état qui non seulement intéresse les époux, mais les enfants à naître et la société. A la séance du Corps législatif du 30 ventôse an XI, Treilhard insista aussi sur l'idée que le mariage ne doit pas être confondu avec les autres contrats, parce qu'il « forme un lien entre deux familles et crée dans la société une famille nouvelle ». (1) Si le divorce doit être admis, c'est pour des raisons d'opportunité. Aussi, dans la discussion, s'attacha-t-on à en montrer les avantages et les inconvénients. Malgré ces derniers, il fut accepté comme un remède à un mal plus grand.

Pour le faire admettre, Portalis faisait valoir un argument qui mérite d'être signalé (2). Après avoir dit que les motifs invoqués devant la Législative étaient inexacts, il ajoutait « que le véritable motif qui oblige les lois civiles d'admettre le divorce, c'est la liberté des cultes ». Certains cultes autorisent le divorce : la loi pour assurer pleine liberté à ces cultes doit le permettre aussi. Elle laisse à la conscience des citoyens la faculté d'en user ; ceux dont la religion admet l'indissolubilité absolue du mariage, pourront toujours se conformer à leur croyance. C'est pour le même motif que Portalis admet la séparation de corps à

1. Locré, *op. cit.*, t. V, p. 293.
2. Locré, *op. cit.*, t. V, p. 43-45.

côté du divorce. Les époux se serviront de l'un ou de l'autre suivant les indications de leur conscience.

Que vaut cette raison ? A l'égard du divorce, il ne nous semble pas que le respect des croyances individuelles impose au législateur de l'admettre. La loi n'est pas tenue de conformer ses décisions à des doctrines religieuses qui peuvent être de nature à troubler le bon ordre de la société. Aussi bien, si la raison invoquée était décisive, devrait-on admettre la polygamie que certaines religions autorisent : ce que Portalis ne propose pas.

Mais d'autre part, le respect de toutes les croyances n'impose-t-il pas à la loi d'admettre la séparation de corps à côté du divorce ? La question est très délicate. De fait, ce motif est très souvent invoqué dans les assemblées législatives et chez les auteurs. Et toutefois il ne nous semble pas que ce soit là le vrai motif d'admettre la séparation de corps a côté du divorce. Nous n'entendons pas d'ailleurs contester le mérite de cette institution. Nous estimons qu'il est bon de ne pas laisser aux époux le seul remède du divorce. Mieux vaut leur ouvrir la faculté d'une séparation qui peut finir par leur seul consentement, sans qu'il soit nécessaire de recourir à tout l'appareil d'une nouvelle célébration du mariage. C'est là, pensons-nous, que doit se trouver le motif de l'admission de la séparation de corps à côté du divorce. Le respect des cultes n'est pas intéressé à la question. Que fera, en effet, l'époux catholique si la séparation de corps n'est pas admise ? Il demandera le divorce. En cela, il ne fait rien de contraire à ses croyances. Pour y rester fidèle, il vivra comme si une simple séparation était intervenue : il s'abstiendra de contracter mariage du vivant de son ancien

époux. Celui-ci, moins scrupuleux, contractera peut-être une nouvelle union. Au point de vue religieux, il se rend coupable de bigamie, aussi encourt-il des peines ecclésiastiques. C'est là sa punition ; faut-il y ajouter une sanction civile ? Non, car la puissance séculière ne vient plus prêter appui à l'autorité spirituelle et contraindre à l'exécution des lois ecclésiastiques. De plus, ce conjoint divorcé qui se remarie est peut-être en règle avec sa conscience, car peut-être est-il d'une religion qui admet le divorce. Tout cela est du domaine de la conscience, et la puissance séculière n'y doit pas intervenir. Aussi doit-elle s'abstenir de tout ce qui serait de nature à gêner l'action spirituelle de la puissance religieuse : notamment elle ne doit pas ordonner aux prêtres catholiques de bénir l'union d'un individu divorcé dont le conjoint est encore vivant.

Il était conforme aux principes de ne pas obliger l'Eglise à donner la bénédiction nuptiale à ceux qui, bien que valablement mariés aux yeux de la loi civile, manqueraient des conditions exigées par le droit canon (1). Mais Portalis,

1. On a accusé Portalis d'avoir porté atteinte à l'indépendance de l'Eglise dans une circulaire aux évêques du 19 prairial an X. On y relève le passage suivant : « Le divorce est admis par la loi civile. Il serait donc aussi injuste qu'imprudent de refuser la bénédiction nuptiale à tous ceux qui contracteraient un second mariage après un divorce. » Comte d'Haussonville, *l'Eglise romaine et le premier Empire*, t. I, p. 279. Nous hésitons à donner une portée aussi grande à cette circulaire dont nous n'avons d'ailleurs pas pu retrouver le texte. M. Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 450, n. 5, fait très justement observer que le mot « tous » pouvait ouvrir la voie à la conciliation. Il y a plus. La Cour de Rome adressa au gouvernement français des représentations sur la loi du 10 germinal an XI, destinée à faire partie du code civil et qui consacrait le divorce. Le 30 ventôse an XII, il y fut répondu conformément à un rapport de Portalis du 21 ventôse. Il était dit dans cette

s'inspirant des doctrines de nos civilistes, n'admettait pas, à l'inverse, que la bénédiction nuptiale pût être donnée à des gens qui ne seraient pas civilement mariés. Dans son rapport sur les articles organiques du Concordat (1), il déclarait qu'il appartient à la société de régler les mariages. Le sacrement ne peut donc être appliqué qu'à un mariage valable suivant les lois. En cela, Portalis déclarait suivre les principes énoncés par le chancelier de Pontchartrain dans sa lettre du 3 septembre 1712 au Premier Président du Parlement de Besançon. Or nous avons dit que cette lettre contenait l'expression de la doctrine gallicane sur l'union de l'Eglise et de l'Etat en matière de mariage.

En conséquence de ces principes, Portalis disait : « Il est donc évident qu'il doit être défendu aux ministres du culte d'administrer le sacrement de mariage toutes les fois qu'on ne leur justifiera pas d'un mariage civilement contracté ».

réponse que le gouvernement n'entendait pas toucher aux lois de l'Eglise. Pour montrer que celle-ci conservait son indépendance, on invoquait la circulaire précitée de Portalis. On disait : « Pour que la conduite des ministres catholiques ne soit jamais en contradiction avec les dogmes qu'ils professent, S. M. a déclaré, par l'organe de son ministre des cultes, dans une lettre circulaire du 19 prairial an X, que les ministres du culte catholique sont libres de refuser la bénédiction nuptiale à des époux qui se remarient après un divorce avant que le premier mariage soit dissous par la mort de l'un des conjoints. Elle a déclaré encore qu'un pareil refus de la part des ministres du culte catholique ne pouvait fonder le recours au conseil d'Etat. » Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Concordat de 1801*, t. I, p. 296, 297. Il serait donc téméraire de se fonder sur une citation partielle de la circulaire de Portalis pour dire qu'elle entravait la liberté de l'Eglise.

1. Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Concordat de 1801*, t. I, p. 85-104.

Cette règle fut admise par l'art. 54 de la loi organique du Concordat (1).

Cette disposition reprise et sanctionnée par les art. 199 et 200 du Code pénal a soulevé et soulève encore des protestations. Au commencement du siècle, on la présentait comme une suite de l'ancien droit (2) ; cette idée se retrouve encore de nos jours chez certains auteurs (3). Ainsi comprise, cette disposition laisse place à la critique ; elle est contraire à l'indépendance de l'Eglise et va contre son enseignement puisqu'elle suppose sa soumission aux lois admises par l'Etat en matière de mariage. Mais si telle a été l'explication présentée par Portalis, l'art. 54 n'en peut-il pas recevoir une autre qui le rende compatible avec les droits de la puissance spirituelle ?

Cette autre explication a été donnée par Portalis lui-même. Après avoir montré que ce qui fait la validité du mariage c'est l'observation des lois civiles et non la célébration *in facie Ecclesiæ*, il déclare qu'il faut éviter que des époux abusés ou peu instruits ne se contentent de la bénédiction nuptiale. Le prêtre avant de procéder à la célébration religieuse devra s'assurer de l'accomplissement des formalités civiles. De cette façon, on évitera que l'un des époux trompé par les manœuvres de l'autre ne soit amené à se contenter de la bénédiction nuptiale, inefficace au point

1. La même règle fut posée pour les juifs par un arrêté consulaire du 1er prairial an X.

2. Tabaraud. *Etude sur la distinction du contrat et du sacrement de mariage*, p. 413-442.

3. Paoli. *Etude sur les origines et la nature du mariage civil*. p. 160-162.

de vue civil (1). C'était là une précaution très sage. En Italie, on a négligé de la prendre ; aussi les unions purement religieuses qui constituent aux yeux de la loi des concubinages y sont-elles nombreuses. Les abus ont été si grands que plusieurs évêques italiens ont prescrit aux curés de refuser la bénédiction nuptiale à ceux qui ne justifient pas de l'accomplissement des formalités civiles (2).

Quand fut rédigé l'art. 54, il constituait une innovation, la loi de 1792 n'ayant pas prescrit l'ordre à suivre pour la bénédiction nuptiale et la célébration civile. Mais il était conforme à la pratique suivie par le clergé constitutionnel et notamment à l'art. 13 du décret sur le sacrement de mariage adopté par le Concile national de France le 12 novembre 1797. Le clergé constitutionnel voyait bien à quels abus aurait pu donner lieu la bénédiction nuptiale intervenant la première, combien il aurait été facile d'induire en

1. C'est le motif indiqué par Berlier dans l'exposé des motifs du chap. III du t. I, du l. III, du Code pénal à la séance du Corps législatif du 16 février 1810. Locré, *op. cit.*, t. 30, p. 250. « Les ministres qui procèdent aux cérémonies religieuses d'un mariage sans qu'il leur ait été justifié de l'acte de mariage, reçu par les officiers de l'état civil, compromettent évidemment l'état civil des gens simples, d'autant plus disposés à confondre la bénédiction nuptiale avec l'acte constitutif du mariage, que le droit d'imprimer au mariage le sceau de la loi, était naguère dans les mains de ces ministres. Il importe sans doute qu'une si funeste méprise ne se perpétue point ». Voy. aussi le rapport présenté par Portalis le 5e jour complémentaire an XI, dans Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Concordat de 1801*, t. I, p. 273, 274. Ce rapport destiné à répondre aux objections de la Cour de Rome contre les articles organiques demeura sans réplique.

2. Glasson, *Le mariage civil et le divorce*, p. 285 et s. — Fisichella, *Chiesa e Stato nel matrimonio*, p. 94 et s. — Cpr. les observations présentées à l'Académie des sciences morales et politiques sur un mémoire de M. Glasson. *Compte rendu*, janvier 1900, p. 105-110.

erreur une fiancée ignorante et de l'abandonner ensuite, victime d'une infâme séduction. Aussi n'aurait-il pas protesté contre l'art. 54. Loin de là, ce furent les vicaires généraux de Paris qui en demandèrent l'adoption (1).

L'opposition vint de la Cour de Rome. Celle-ci chargea le cardinal Caprara de présenter des réclamations relatives aux articles organiques. Elle relevait dans l'art. 54 deux inconvénients. Il est d'abord à craindre, disait-on, que « les contractants ne se contentent des formalités civiles et qu'en négligeant d'observer les lois de l'Eglise, ils se croient légitimement unis non seulement aux yeux de la loi quant aux effets purement civils, mais encore devant Dieu et devant l'Eglise ». D'autre part, les contractants, après avoir rempli les formalités légales, croiront peut-être « avoir acquis le droit de forcer les curés à consacrer leur mariage par leur présence, lors même que les lois de l'Eglise s'y opposeraient » (2). Portalis répondit que l'art. 54 établissait une précaution très sage sans porter atteinte aux droits de l'Eglise. De fait, ces craintes étaient vaines comme l'expérience l'a montré. Les catholiques ne manquent pas, après la célébration civile de se présenter devant le prêtre et celui-ci n'accorde la bénédiction nuptiale que s'il n'existe aucun empêchement canonique.

1. Tabaraud, *op. cit.*, p. 417. — Jauffret, *Examen des articles organiques*, p. 88.

2. De Champeaux. *Le droit civil ecclésiastique français*, t. II, p. 181, 182. — Au contraire, le Grand sanhédrin réuni en 1807 défendit aux rabbins de « prêter leur ministère, à l'acte religieux du mariage, sans qu'il leur ait apparu auparavant de l'acte des conjoints devant l'officier civil, conformément à la loi ». Merlin, *Répertoire*, v° Juifs, sect. V, § 4, t. 16, p. 279.

L'inconvénient que l'on reproche aujourd'hui à l'art. 54, c'est qu'il rend possible de la part d'un époux le refus de participer à la célébration religieuse après la conclusion du mariage civil. Ce reproche touche au fond même du système de sécularisation et nous le retrouverons ultérieurement.

Cet inconvénient vient de ce qu'il y a depuis la Révolution deux législations du mariage. Un mariage peut exister aux yeux de la loi civile tandis que la loi religieuse ne le reconnaît pas. Chacune des deux législations prétend ignorer l'autre. La loi séculière ne considère le mariage que comme un acte civil. Elle ne tient pas compte des prescriptions de la loi religieuse, permet le divorce et, suivant la jurisprudence la plus récente, le mariage des prêtres. Les empêchements qu'elle admet sont, en général, plus restreints que ceux du droit canonique. Elle ne reconnaît aucune valeur juridique à la célébration religieuse du mariage.

De son côté, l'Eglise catholique n'a pas accepté les règles posées par le Code civil. La doctrine ultramontaine de l'autorité exclusive de la puissance religieuse sur le mariage a triomphé en France parmi les catholiques. Au point de vue religieux, le mariage célébré devant l'officier de l'état civil ne forme pas l'union des époux mais peut seulement assurer les effets civils. Il n'y a de mariage entre chrétiens que celui qui est célébré conformément aux règles canoniques.

Cette façon de penser s'éloigne bien de la doctrine des gallicans. D'après ceux-ci, les chrétiens devraient bien s'adresser au prêtre pour recevoir la bénédiction nuptiale,

mais indépendamment de celle-ci le mariage serait valable même au point de vue religieux par la seule observation des formalités civiles. Il appartient en effet au pouvoir temporel de déterminer les conditions de fond et de forme du mariage : la seule réserve à faire serait relative aux lois qui, comme celle du divorce, sont contraires à des principes de droit divin. Les gallicans maintiennent l'unité du mariage, mais c'est en restreignant l'autorité de l'Eglise à la bénédiction nuptiale. Ils voient dans l'art. 54 de la loi organique non pas une mesure de précaution à caractère exceptionnel, mais la stricte application des principes. Quand les parties se présentent devant le prêtre, elles reçoivent simplement le sacrement et ne contractent pas un nouveau mariage. Aussi dit-on qu'il y a un véritable non-sens à réitérer devant le prêtre l'échange des consentements (1).

Cette manière de voir n'a pas triomphé. La doctrine catholique est que le mariage est soumis à la seule autorité de l'Eglise. Pour remplir à la fois leurs devoirs de chrétiens et de citoyens les individus sont obligés de se conformer aux deux législations. Pour eux, il y aura deux mariages : le mariage civil et le mariage religieux. Par le premier ils se conformeront aux lois de l'Etat ; par le second ils donneront satisfaction à leur conscience. Ces deux mariages seront contractés dans des formes différentes et chacun d'eux sera soumis à des lois spéciales. S'il y a lieu d'en faire prononcer la nullité, elle sera demandée pour l'un au tribunal civil, pour l'autre à l'autorité ecclésiastique. C'est

1. Dupin *Droit public ecclésiastique*, p. 510-513.

l'idée qui se dégagea dès l'origine. On ne se considéra comme marié au point de vue religieux qu'après la cérémonie accomplie devant le prêtre. Pie VII en conférant en 1803 la *sanatio matrimonii in radice* aux mariages contractés pendant la Révolution, supposait bien — et l'autorité pontificale l'avait déjà déclaré — qu'aux yeux de l'Eglise ces mariages n'étaient pas valables (1). Napoléon I se conforma à ces principes lorsqu'il demanda au pape de prononcer la nullité du mariage contracté en Amérique par son frère Jérôme (2), lorsqu'avant son sacre il reçut la bénédiction nuptiale et lorsqu'il fit prononcer par l'officialité de Paris la nullité de son mariage avec Joséphine (3).

Cette doctrine du double mariage n'est acceptée expressément par aucune des deux puissances puisque chacune d'elles prétend ignorer l'autre. Mais elle résulte de la coexistence même des règles qu'elles posent. Le mariage se trouve régi par l'Eglise dans l'ordre spirituel, par l'Etat dans l'ordre temporel. La législation civile prétend bien qu'il n'y a de mariage valable que celui contracté suivant les règles qu'elle établit. Mais elle n'envisage ainsi que le point de vue temporel et laisse à la religion toute son autorité dans le domaine spirituel. L'Eglise catholique, il est vrai, pousse plus loin ses réclamations. Elle n'oublie pas facilement le temps où elle régissait le mariage même dans le for extérieur et elle prétend que cette prérogative rentre dans ses attributions normales Mais comme elle ne dispose

1. Esmein, *op. cit.*, t. II, p. 367.
2. Comte d'Haussonville, *L'Eglise romaine et le premier empire*, t. II, p. 23 et s.
3. Comte d'Haussonville, *op. cit.*, t. III, p. 227 et s.

pas de moyens d'action dans le domaine temporel, ses prétentions restent sans résultat et, en fait, l'Etat seul règle le mariage dans le for extérieur.

# CONCLUSION

## LA SÉCULARISATION DU MARIAGE ET LA LIBERTÉ DE CONSCIENCE

La sécularisation du mariage a été réalisée par le droit intermédiaire et conservée dans le Code civil dans le double but d'assurer l'indépendance de la puissance séculière et de garantir la liberté de conscience. Ce double but a-t-il été atteint ? Que l'indépendance de l'état ait été ainsi obtenue, c'est ce qui est évident. La puissance séculière qui déjà à la fin de notre ancien droit faisait prévaloir son autorité sur le mariage, a enlevé à l'Eglise ses anciennes attributions du for extérieur. En cela la loi moderne n'a fait que développer les principes antérieurement suivis. Elle ne pouvait abandonner l'indépendance de l'Etat en cette matière sans faillir à notre tradition historique.

La liberté de conscience a-t-elle été garantie ? Le but immédiat que l'on se proposait en songeant à elle, c'était d'assurer l'état civil de tous les citoyens sans distinction de croyances religieuses. Or ce but a été atteint.

Mais ce n'était pas tout de créer un mariage civil commun à tous les citoyens. Le plus souvent les parties s'adresseront au ministre de leur religion pour que leur union soit bénie. Suivant les croyances, ce nouvel acte constituera une béné-

diction du mariage déjà contracté ou sera la formation du mariage religieux. Dans les deux cas, la loi civile laisse pleine liberté à l'autorité religieuse. Celle-ci peut prescrire les conditions à remplir pour que le ministre de la religion prête son concours et ces conditions peuvent être différentes de celles exigées par la loi civile. Il s'agit là d'un acte purement religieux dans l'administration duquel l'autorité séculière n'entervient pas. L'indépendance de la puissance ecclésiastique est sauvegardée. Elle est plus grande que dans notre ancien droit où, par suite de l'union du mariage civil et du mariage religieux, l'Eglise catholique était, à l'égard de ce dernier, soumise aux lois de l'autorité séculière.

A la différence du projet de la Constituante, la loi de 1792 et le Code civil n'ont pas établi une simple déclaration de mariage mais une célébration avec prononcé de l'union par l'officier municipal. Cependant on n'a rien voulu changer quant au fond des choses. On n'a pas voulu remplacer le « *quod Deus conjunxit* » par un « *quod respublica conjunxit* ». Pour les auteurs de ces lois, comme pour les civilistes, comme aussi pour les théologiens les plus autorisés, c'est le consentement des époux qui fait le mariage. Les catholiques peuvent bien considérer l'acte civil comme insuffisant, mais il n'est pas de nature à blesser leur conscience.

Dans le système du Code civil, l'indépendance du mariage religieux est assurée et l'appel comme d'abus du simple refus de donner la bénédiction nuptiale ne serait pas admis. C'est la conséquence du principe de séparation du spirituel et du temporel. Il y a toutefois, à cette indépendance, une restriction. Logiquement, les parties devraient être libres

de se marier seulement en présence des ministres de leur religion. Ceux-ci ne devraient pas se préoccuper des conditions prescrites par la loi séculière et de l'accomplissement des formalités civiles. Cette solution, nous l'avons vu, a été écartée par l'art. 54 de la loi organique du Concordat et par les art. 199 et 200 du Code pénal. La cérémonie religieuse ne doit pas précéder l'accomplissement des formalités civiles. Nous avons vu les motifs de cette disposition. On a voulu empêcher que des citoyens ne fussent victimes de leur ignorance. On n'a pas voulu qu'un séducteur pût amener une fille à se contenter du mariage religieux afin de vaincre ses résistances et de pouvoir l'abandonner plus tard.

Mais de ce que le mariage civil doit précéder toujours le mariage religieux, un inconvénient peut résulter. Il est possible qu'après la célébration civile, alors que la loi estime que le mariage est contracté et que ses effets se produisent, un des époux viennent refuser de participer à la cérémonie religieuse. Va-t-on contraindre l'autre à vivre dans un état que sa conscience réprouve ? Pour les religions qui ne voient dans l'acte religieux que la bénédiction d'un mariage préexistant, l'inconvénient n'est pas très grand. Le refus d'y participer ne peut avoir de conséquences au point de vue religieux qu'à l'égard de celui de qui il émane. Les châtiments célestes ne pourront atteindre l'autre époux. L'inconvénient se présente au contraire dans toute son étendue pour la religion catholique qui prétend régler le mariage lui-même et qui voit un concubinage dans l'union des chrétiens non célébrée devant un prêtre.

Certains auteurs ont pensé qu'en ce cas le mariage était

nul (1). Mais l'opinion dominante conclut à la validité. On se demande alors si la femme — car c'est pour elle que la question a été posée — restera sans protection. Certains jurisconsultes ont dit que dans l'état actuel de la législation, on ne pouvait lui en accorder aucune. D'autres ont pensé qu'elle aurait le droit de refuser de suivre le mari au domicile conjugal. Elle pourrait en outre demander la séparation de corps. La question a été surtout discutée au temps où le divorce n'existait plus en France; ces deux remèdes pouvaient alors paraître insuffisants. Mais au temps du Code civil et à notre époque, la femme, d'après cette doctrine, pourrait demander le divorce pour injure grave. La jurisprudence, dans les quelques circonstances où la question s'est posée devant les tribunaux s'est généralement montrée favorable à la réclamation de la femme (2).

Mais les auteurs qui estimaient que ces interprétations de

1. Bressolles, *Revue de législation*, 1846, t. II, p. 149-158. — Marcadé, *Revue de législation*, 1846, t. III, p. 342-371. — Note sous Montpellier, 4 mai 1847, D. 47. 2. 81. — Ctr. Thieriet, *Revue de législation*, 1846, t. III, p. 161-172. — Aubry et Rau, § 451 bis, t. V, p. 12-13, texte et note 6. — Lyon, 10 mars 1853, D. 53. 2. 210. — Trib. de Bruxelles, 31 mars 1888. S. 88. 4. 24.

2. Aubry et Rau, § 491, t. V, p. 176, texte et note 16. — Angers, 29 Janvier 1859. J. Pal. 1859. p. 251. Note Labbé : « Les idées générales qui dominent sont, à notre avis, les suivantes : celui qui veut faire violence à la conscience de son conjoint, en promettant une célébration religieuse et la refusant ensuite, commet une injure grave. Celui qui loyalement et de conviction, se refuse à une cérémonie religieuse, qu'il n'a promise ni expressément, ni tacitement, demeure sous la protection entière du droit civil. Celui qui se sert de la religion pour colorer une infraction à ses devoirs doit subir toute les conséquences de cette infraction ». — Orléans 10 juillet 1862, J. Pal., 1863, p. 152. — Trib. Seine, 23 mars 1872. Le Droit, 7 avril 1872. — Bruxelles, 17 juillet 1889. S. 90. 4. 28. — Ctr. Laurent, t. III, n° 196. — Thieriet, *loc. cit.*

la loi étaient inexactes, ou qui voyaient dans la séparation de corps un remède insuffisant, ont proposé d'autres moyens. Le plus radical consisterait à supprimer le double mariage, par la reconnaissance du pouvoir exclusif de l'Eglise et la négation de celui de l'Etat. On se placerait ainsi en opposition avec les principes de notre droit public moderne sur l'indépendance de l'autorité civile. Ce serait demander à l'Etat de rester indifférent à un acte qui intéresse au plus haut degré le bon ordre et la prospérité des sociétés. La tradition de notre ancien droit montre que cette abstention est impossible.

La reconnaissance à l'Eglise catholique du pouvoir exclusif de régler les mariages entraînerait la soumission de tous les chrétiens à ses lois, car elle prétend que l'hérésie ne peut pas les soustraire à son autorité (1). Pratiquement, ce serait rendre impossibles les mariages des protestants, comme cela était arrivé dans notre ancien droit. Or ce résultat est contraire au principe de la liberté de conscience. Les non chrétiens ne sont pas soumis à l'Eglise catholique. (2) En partant du principe que l'Etat est incompétent en matière de mariage, il faudra dire que les non chrétiens seront, pour celui-ci, uniquement soumis à leur loi religieuse. Pour ceux qui ne se rattacheraient à aucune religion, on serait conduit à admettre qu'ils pourraient se prescrire à eux-mêmes les conditions de fond et de forme nécessaires pour leur mariage.

1. Gasparri. *Tractatus canonicus de matrimonio*, t. I, n° 298 et s. p. 183 et s.
2. Gasparri, *op. cit.*, t. I, n° 281 et s., p. 168 et s.

Proposera-t-on de reconnaître le droit de l'Etat seulement sur le mariage des non chrétiens? Mais sur quoi fonder une telle distinction? Les israélites, comme les chrétiens, trouvent dans leurs préceptes religieux, des règles sur le mariage. Pourquoi, si les unes sont valables dans le for extérieur, les autres ne le seraient-elles pas aussi? Dira-t-on que cette distinction est conforme à la doctrine catholique et que comme telle elle doit être admise? C'est oublier que l'Etat moderne ne sanctionne les lois d'aucune religion afin de maintenir l'égalité entre elles. En cela l'Etat, comme on l'a fait remarquer, n'est pas athée, mais il se déclare incompétent en matière de religion.

Enfin, si le mariage était réglé uniquement par la loi religieuse de chacun, ne serait-il pas à craindre de voir des époux catholiques, tentés par les facilités de la religion réformée, adopter celle-ci pour profiter de la faculté de divorcer. Hypothèse qui ne paraîtra pas chimérique si l'on pense aux mariages de Transylvanie.

Ce système tend à anéantir l'action de l'Etat en matière de mariage. Il est contraire aux principes de notre droit public moderne sur la distinction du temporel et du spirituel, principes qui résultent d'un long développement historique. Aussi a-t-on cherché d'autres remèdes qui respectent les attributions de l'Etat en conservant le mariage civil.

On a proposé l'abrogation de l'art. 54 de la loi organique et des art. 199 et 200 du code pénal. C'est le retour au système de notre droit intermédiaire mais avec l'intention de ne pas suivre la pratique adoptée par le clergé constitutionnel. On serait libre de commencer par la célébration religieuse. L'inconvénient qui nous occupe n'en subsisterait



d'ailleurs pas moins, car il pourrait se faire que les parties ayant commencé par l'acte civil l'une d'elles refusât de recevoir la bénédiction nuptiale. L'inverse pourrait se produire aussi si l'un des époux, après la célébration religieuse refusait de comparaître devant l'officier de l'état civil. De plus, ce système a d'autres dangers qui l'on fait repousser en 1802 et dont l'Italie, qui l'a adopté, a fait la triste expérience. Nous y avons fait allusion antérieurement.

Afin d'éviter l'inconvénient du refus de participer à la célébration religieuse, on a proposé d'exiger toujours celle-ci après l'acte civil pour la validité du mariage (1). M. Batbie a précisé le système et l'a restreint afin de le rendre plus acceptable (2). D'après lui, lors de la célébration du mariage, les parties devraient être appelées à déclarer si elles entendent subordonner la validité de leur union à la bénédiction religieuse. Si oui, elles devraient accomplir l'acte religieux puis venir faire mentionner en marge de l'acte de mariage cet accomplissement. Alors seulement le mariage serait parfait.

Ce système est bien compliqué. Il est à craindre que les parties bien que prévenues par l'officier de l'état civil, ne

1. Sauzet. *Réflexions sur le mariage civil et le mariage religieux en France et en Italie*, p. 25, 26, 32-36.

2. Ce système présenté par M. Batbie dans un *Mémoire sur la révision du Code Napoléon* lu à l'Académie des sciences morales et politiques, a donné lieu à des articles de M. Duverger auquel M. Batbie a répondu. *Revue critique*, t. XXVIII, p. 125 et s., 308 et s., t. XXX, p. 50 et s., 128 et s., 213 et s., 322 et s. — Cpr. Huc, *Mémoire sur le nouveau Code civil italien mis en regard du Code Napoléon*, dans le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. XIV, p. 395-398 ; *Revue critique*, t. XXX, p. 346-364.

négligent de faire accomplir la mention en marge ou n'y mettent quelque retard. Dans ce cas, le caractère incertain du mariage est susceptible de donner lieu à des difficultés, surtout si la cohabitation a commencé après la bénédiction nuptiale. Après la mention faite, il y aura à se demander à quel moment le mariage a produit ses effets. On pourrait restreindre les incertitudes en fixant un délai très court pour l'obtention de la bénédiction nuptiale et la mention en marge ; faute de leur accomplissement dans le délai prescrit, le mariage serait censé non avenu. Mais cette sanction rigoureuse aurait par ailleurs son inconvénient, car, à supposer que la mention en marge fasse seule défaut, on aurait un mariage valable pour la religion et nul aux yeux de la loi. Or c'est précisément un inconvénient analogue qu'il s'agit d'éviter.

A supposer que toutes les formalités aient été remplies en temps utile, il y aura eu acte civil et acte religieux ; le mariage sera formé. Mais supposons le mariage valable *jure civili* et que cependant existe un empêchement canonique dont la connaissance soit dans la suite acquise aux parties. Et pour prendre un exemple qui se rattache étroitement à l'ordre d'idées dans lequel nous sommes placés, supposons le mariage célébré par un prêtre incompétent. L'union est nulle aux yeux de la religion. En conscience, la cohabitation est impossible pour un catholique. L'un des époux pourra-t-il invoquer cette nullité devant l'autorité ecclésiastique et en vertu de la décision intervenue prétendre que son mariage est nul *jure civili* ? L'admettre serait soumettre la puissance civile à l'Eglise dans le for extérieur, conséquence contraire aux principes de notre droit public



moderne. C'est l'objection à laquelle se heurtent tous les systèmes qui veulent attribuer une valeur juridique au mariage religieux. Aussi M. Batbie a-t-il cherché à l'écarter. D'après lui, les parties seront seules juges de la validité de l'acte religieux et la mention de son accomplissement sur le registre de l'état civil emportera renonciation à toutes les critiques qu'on pourrait adresser à la cérémonie religieuse. « Je ne force pas, dit-il, la partie à se contenter d'une célébration quelconque, et si à ses yeux tout ne s'est pas bien passé, elle n'aura qu'à ne pas consentir à laisser mettre la mention sur le registre de l'état civil. Mais une fois qu'elle aura consenti, elle aura reconnu que sa volonté a été exécutée. » (1) Voilà qui sauvegarde l'indépendance de l'Etat en ne le soumettant plus à la décision de l'autorité ecclésiastique. Mais la conscience des individus n'est plus respectée comme on se proposait de le faire. Il est exagéré de voir dans la mention sur le registre de l'état civil une renonciation à des vices ignorés, renonciation qu'on ne pouvait d'ailleurs pas consentir (2). On s'était proposé d'organiser l'harmonie entre le mariage civil et le mariage religieux : on n'y est pas arrivé.

On pourrait proposer tout en conservant la législation civile du mariage, de dire que la célébration religieuse vaudrait comme mariage civil. Dans ce système, dira-t-on, on n'imposera le mariage religieux à personne ; l'acte civil subsistera pour tous ceux qui n'appartiennent à aucune Eglise ou qui, ne remplissant pas les conditions

1. *Revue critique*, t. XXX, p. 57.
2. Daniel. Le mariage civil et le Code Napoléon, p. 82, 83.

prescrites par leur religion, peuvent se marier d'après la loi civile (1). Le choix ne pourrait appartenir qu'à ceux qui suivent une religion reconnue : or c'est là justement ce qui fait l'insuffisance du système proposé. La reconnaissance d'une religion peut bien avoir des effets quant à son organisation, au traitement de ses ministres ; elle n'en doit pas avoir quant au principe même de la liberté de conscience au nom duquel cette réforme serait faite.

Ce système aurait d'autres inconvénients. L'observation des empêchements prohibitifs établis par l'Etat serait compromise. Pour l'assurer il faudrait que l'autorité séculière donnât des ordres au ministre religieux et que celui-ci fût responsable devant elle. L'admettre serait ouvrir la porte à des empiètements du pouvoir temporel sur l'autorité spirituelle comme ceux dont notre ancien droit a donné l'exemple. Même à ce prix, l'exacte observation des empêchements prohibitifs établis par l'Etat ne serait pas assurée, par suite de la possibilité de mariages à la Gaumine que l'Eglise considère comme valables.

L'autorité séculière éprouverait en outre des difficultés pour contrôler la bonne tenue des registres de l'état civil. La pluralité des registres compliquerait les recherches. Aussi les catholiques ne réclament guère la restitution au clergé de la tenue de ces actes.

1. Ce système est suivi en Autriche. On n'y a pas établi le *mariage civil obligatoire* (obligatorische Civilehe), mais le *mariage civil par nécessité* (Nothcivilehe) qui est imposé à tous ceux qui ne peuvent se marier d'après la loi religieuse, soit parce qu'un empêchement s'y oppose, soit parce qu'ils n'appartiennent à aucune religion. Le mariage civil est aussi employé pour les mariages mixtes ; mais alors l'inconvénient dont nous nous occupons subsiste.

On n'évite même pas complètement ainsi la dualité de mariage. Celle-ci se présentera au cas de mariage mixte, même si une double célébration religieuse du mariage est nécessaire *jure civili*. Si nous supposons un mariage entre catholique et protestant, les parties se présenteront d'abord devant le curé. Il peut arriver ensuite que l'un des époux refuse de participer à la cérémonie devant le pasteur protestant. Le mariage ne sera pas formé *jure civili*. Mais l'époux catholique, au point de vue de sa conscience est valablement marié. L'inconvénient qu'on voulait éviter est retourné, mais il n'en subsiste pas moins. Il y a mariage valable au point de vue catholique et nul au point de vue civil. L'époux catholique, s'il veut contracter une autre union n'aura que la ressource de la dispense du mariage non consommé. On avouera que ce remède ressemble fort au divorce admis par notre jurisprudence dans l'hypothèse inverse. Sans doute, il y aura des différences quant aux intérêts pécuniaires, mais la loi religieuse ne se préoccupe pas de ceux-ci.

Ce système du mariage religieux valant au point de vue civil n'aboutit donc pas à éliminer toujours l'inconvénient qu'il veut éviter. Il donnerait lieu à des formes et à des législations du mariage qui ne seraient pas communes à tous les individus. Ce serait en quelque sorte ressusciter en partie le système de la personnalité des lois. Or cela est mauvais au point de vue général. Il n'est pas bon qu'au moment de la naissance, du mariage et du décès, les citoyens soient ainsi classés suivant leurs croyances (1).

1. Voyez sur l'influence du mariage civil au point de vue national l'observation de M. Anatole Leroy-Beaulieu sur l'introduction du

Cela est de nature à perpétuer des divisions funestes à l'intérêt général de la société. Pour employer les paroles, peut-être emphatiques mais qui contiennent une idée exacte, d'un orateur de la Législative, il faut « que ces trois actes, les plus importants de la vie, soient inscrits dans les fastes de la Patrie ».

Pour écarter ces inconvénients, on pourrait proposer de considérer comme valant au point de vue civil la célébration religieuse en présence d'un officier municipal, sauf la faculté pour les parties de se borner à l'acte civil. Afin de procurer l'observation des empêchements prohibitifs, l'officier municipal devrait avoir un rôle actif. Pour assurer l'indépendance de l'Etat, l'intervention de son représentant devrait couvrir tous les vices affectant la cérémonie religieuse et non reconnus par la loi séculière. Il serait dès lors possible qu'un mariage existât seulement au point de vue civil. Pour remédier à l'inconvénient des formes diverses du mariage suivant les citoyens, l'acte inscrit sur les registres de l'état civil devrait être rédigé d'une façon uniforme dans tous les cas. Ce système laisserait subsister l'inconvénient de la dualité pour les mariages mixtes. Il ne profiterait pas à ceux qui se rattachent à des cultes non reconnus. Enfin le clergé ne l'accepterait probablement pas. A raison des croyances de l'officier municipal, le prêtre refuserait parfois de procéder aux cérémonies religieuses en sa présence ; ce refus

mariage civil en Hongrie, dans le *Compte rendu des séances de l'Académie des sciences morales et politiques*, janvier 1900, p. 107. — Malesherbes, *Second mémoire*, p. 93 disait qu'il serait à désirer que « l'état de tous les sujets du roi, de quelque religion qu'ils soient, fût constaté par les mêmes officiers et dans les mêmes registres ».

se produirait surtout si l'officier municipal devait jouer un rôle actif.

On peut songer à demander une modification à l'Eglise catholique puisque c'est pour elle que l'inconvénient existe. Elle pourrait réformer le décret *Tametsi* en déclarant valable au point de vue religieux le mariage contracté avec la publicité prescrite par la loi civile. Si le Concile de Trente avait adopté le système de la formation du mariage en présence d'un notaire, une telle demande serait favorablement accueillie. Mais, dans les idées communes, la formation du mariage est étroitement liée à la bénédiction nuptiale, bien que celle-ci ne soit pas nécessaire à celle-là. L'Eglise est en présence d'une longue tradition de célébration du mariage devant le prêtre de laquelle elle n'est pas disposée à s'écarter. En le faisant, elle craindrait de voir les fidèles observer moins exactement les empêchements qu'elle seule consacre (1).

Au reste, ces modifications ne sont pas impérieusement réclamées par les faits. La jurisprudence qui admet le divorce en cas de refus par un époux de recevoir la bénédiction nuptiale après l'acte civil malgré ses engagements antérieurs, nous paraît fournir une garantie suffisante. En outre l'époux qui éprouve ce refus a encore un remède au point de vue de sa conscience. Il peut demander la *sanatio matrimonii in radice*. Cette dispense survenant après le mariage n'a pas besoin du consentement des deux époux pour produire effet. Il suffit qu'il y ait eu à un certain moment *consensus matrimonialis*. Le consentement échangé

1. Cpr. Horoy. Traité du mariage, p. 28, 29, 80.

devant l'officier de l'état civil est suffisant à cet égard. Enfin un moyen préventif à la portée de tous consiste à faire suivre de très près les deux cérémonies, civile et religieuse. Aussi n'est-ce pas sans quelque crainte qu'on peut voir s'introduire, surtout dans les villes, l'usage de recevoir la bénédiction nuptiale un ou plusieurs jours après la formation du mariage civil.

Le but visé dans les propositions de réforme auxquelles nous venons de faire allusion, c'est d'éviter, quant au point de vue de la célébration, l'inconvénient du double mariage. Or, précisément, il se trouve que l'art. 54 auquel on s'attaque a pour résultat de faire que dans très peu de cas on ne contracte que l'un des deux mariages. Les exemples de refus de participer à la cérémonie religieuse après l'acte civil sont très peu fréquents. L'hypothèse inverse se rencontrera encore plus rarement : il faudrait supposer une violation des art. 199 et 200 du Code pénal ou un mariage à la Gaumine. Les parties n'ayant alors pas tenu compte des intentions de la loi civile n'auraient aucun secours à attendre d'elle. Cette dernière hypothèse est au contraire très fréquente en Italie où n'existe pas l'obligation de procéder d'abord au mariage civil. Les inconvénients de la dualité de mariage se trouvent accrus. A cet égard le système français nous paraît très supérieur au système italien.

Cependant il maintient la dualité de mariage. Par suite, il peut arriver qu'un mariage valable au point de vue religieux soit nul au point de vue civil bien qu'ayant été célébré dans les deux formes. Cela peut tenir à des vices dans l'acte civil de célébration ou à l'existence d'un empêchement admis seulement par la législation séculière, comme le

défaut de consentement des parents au mariage d'un mineur.

L'autorité temporelle maintient la nullité sans se préoccuper de la solution religieuse. En décider autrement, ce serait soumettre le mariage dans le for extérieur à l'autorité ecclésiastique. L'indépendance de la puissance temporelle serait compromise. Cette solution, pour le mariage des mineurs, était déjà admise par notre ancien droit. La législation moderne l'a conservée, mais en laissant à l'Eglise son indépendance dans le for intérieur. La loi séculière n'intervient plus pour assurer l'exécution des lois de l'Eglise. Celle-ci exerce sur ses sujets une juridiction qui n'est efficace que si elle est acceptée par ceux-ci. C'est là une garantie de la liberté de conscience.

Il peut arriver, à l'inverse, que le mariage soit valable seulement pour l'Etat. L'hypothèse n'est intéressante que si l'un des époux ou tous les deux sont de bonne foi. Pour juger alors de leur situation il faut faire une distinction. L'empêchement qui frappe leur mariage peut être ou non susceptible de dispense. Dans le premier cas, ils pourront obtenir la *sanatio matrimonii in radice*. La seconde hypothèse vise le mariage d'une personne divorcée ou celui d'un prêtre qui, d'après la jurisprudence la plus récente, est valable. L'autre époux qui, lors du mariage, a ignoré cette qualité n'aura-t-il aucune ressource ? Des auteurs ont pensé qu'il y avait là une erreur suffisante pour entraîner la nullité du mariage. C'est, pensons-nous, en se plaçant à ce point de vue, qu'on pourra venir au secours de l'époux de bonne foi. Mais la Cour de Cassation, dans un arrêt solennel du 24 avril 1862 (1), s'est attachée à une conception

1. D. 62. 1. 153.

plus étroite de l'erreur en matière de mariage. Aussi, l'intervention du législateur à ce point de vue serait-elle désirable.

Les divergences possibles entre le mariage au point de vue juridique et le mariage au point de vue de la conscience tiennent à la nature des choses. Notre ancien droit n'y échappait pas. Par suite d'un défaut de preuves, l'official pouvait déclarer un mariage valable, pendant qu'un époux, convaincu de l'existence de l'empêchement allégué, estimait, dans sa conscience, n'être pas valablement marié. L'official lui ordonnait de continuer la vie commune, tandis que son confesseur lui prescrivait de la faire cesser. C'est la conséquence de la distinction nécessaire du for extérieur et du for de la conscience. Notre législation moderne a attribué le premier à l'Etat et laissé le second à l'Eglise.

La sécularisation du mariage permet d'éviter certains inconvénients relatifs aux mariages mixtes. Dans ces mariages, il est tout naturel que chacune des confessions religieuses en présence réclame des garanties pour l'éducation des enfants. Se considérant comme seule en possession de la vérité, chacune veut être assurée que les enfants seront élevés dans ses principes. Faute de cette garantie, elle ne prêtera point son concours au mariage. Si l'Etat attribue l'efficacité civile au seul mariage religieux, il devra tenir compte de ces prétentions. Il devra dire si le ministre d'une religion est en droit d'empêcher par son refus le mariage de ceux qui ne lui donnent pas des garanties suffisantes à cet égard. Si l'Etat laisse cette liberté au ministre de la religion, le mariage est empêché. S'il lui prescrit de prêter son concours, il viole l'indépendance de l'autorité religieuse. Dans le



système de sécularisation, au contraire, on ne prend pas en considération la religion des parties. Celles-ci auront un moyen de se marier, mais ne pourront contraindre le ministre de la religion à bénir leur union. Quant à l'éducation des enfants, il appartiendra au père de famille de la diriger (1).

Le Code civil, par la sécularisation du mariage, ne sanctionne les règles d'aucune religion, afin de maintenir l'égalité entre toutes les croyances. Ce n'est pas cependant que les idées religieuses restent sans influence sur la loi. Elles font partie de ce patrimoine moral de la nation qui dirige la législation dans tel ou tel sens. De cette façon l'indépendance de l'Etat est sauvegardée.

Le système moderne assure mieux l'indépendance de l'Eglise que ne le faisait le système ancien. Il ne peut plus être question pour la puissance civile de créer des empêchements opposables à l'autorité ecclésiastique, si ce n'est indirectement par application de l'art. 54. En tout cas, un empêchement supprimé par la loi civile n'en subsiste pas moins au point de vue religieux. Cette indépendance du pouvoir ecclésiastique a été réalisée par la distinction du temporel et du spirituel. L'ancien droit avait déjà posé cette distinction et l'avait appliquée dans une certaine mesure au profit de l'Etat. Le droit moderne l'a reprise et précisée : il en a, en même temps, fait bénéficier l'Eglise. Sans doute la séparation ainsi réalisée présente l'inconvénient d'occasionner des solutions divergentes. Cet inconvénient peut être très restreint par la prudence apportée par les intéressés dans laconclusion des mariages et par

1. Walter, *Manuel de droit ecclésiastique*, § 318, p. 426-428.

la possibilité d'obtenir après la célébration la dispense d'un empêchement qui ne se révèle qu'alors. Si à cela on ajoutait une extension de la nullité de mariage pour erreur, le danger de solutions divergentes serait bien réduit. Pour éviter ces inconvénients, voudrait-on revenir au système de l'union des deux puissances en matière de mariage ? L'histoire nous a montré que c'était impossible, car cette union s'est toujours traduite par la soumission de l'Etat à l'Eglise ou de l'Eglise à l'Etat : solutions incompatibles avec les principes de notre droit public moderne sur l'indépendance de l'Etat et la liberté des cultes.

*Vu par le président de la thèse,*
A. LEFÈBVRE.

*Vu par le doyen,*
GLASSON.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
*Le vice-recteur de l'Académie de Paris,*
GRÉARD.

# BIBLIOGRAPHIE (1)

AGIER. — Du mariage dans ses rapports avec la religion et les lois nouvelles de la France. Paris, an IX, 2 vol.

D'AGUESSEAU. — Œuvres, Paris, 1787-1789, 13 vol.

ANQUEZ. -- De l'état civil des réformés de France. Paris, 1868, 1 vol.

BARBOSA. — Collectanea doctorum qui in suis operibus Concilii Tridentini loca referentes, illorum materiam incidenter tractarunt. Venise, 1709, 1 vol.

BATBIE. — Révision du Code Napoléon ; Réponse à M. Duverger. Revue critique, t. 28, p. 125-162, t. 30, p. 50 et s., p. 213 et s.

BEAUCHET. — Les formes de la célébration du mariage dans l'ancien droit français. Nouvelle revue historique du droit, 1882, p. 351 et s., 631 et s.

BERTHON. — Décisions du droit civil, canonique et français,... avec des observations sur l'ancienne et la nouvelle jurisprudence des pays qui se régissent par le droit écrit. Lyon, 1740, 1 vol.

BOISTEL. — Cours de philosophie du droit. Paris, 1899, t. II.

BRISSON (Barnabé). — Code du roy Henri III, augmenté des édits du roi Henri IV... et illustré des Conciles de l'Eglise... lois des Romains... par Charondas le Caron. 3e édit. Paris, 1609, 1 vol.

DE CHAMPEAUX. — Le droit civil ecclésiastique français ancien et moderne. Paris, 2 vol.

CHAMPION. — La Révolution et les réformes de l'état civil ; dans la Révolution française, t. XII (janvier-juin 1887), p. 1057-1076.

1. Nous indiquons ici les éditions auxquelles se réfèrent les citations que nous avons faites.

Code matrimonial. Nouvelle édition. Paris, 1770, 2 vol.
Collection des pièces imprimées par ordre du Concile national de France. Paris, 1797 (an VI), 1 vol.
Collection des procès-verbaux des assemblées générales du Clergé de France depuis l'année 1560 jusqu'à présent... ; ouvrage composé sous la direction de M. l'évêque de Mâcon, autorisé par les assemblées de 1762 et de 1765 et imprimé par ordre du Clergé. Paris, 1767-1780, 10 vol.
Conférences ecclésiastiques de Paris sur le mariage établies et imprimées sur l'ordre de S. E. Mgr. le cardinal de Noailles, archevêque de Paris. 2e édit., Paris, 1715, 5 vol.
Coquille (Guy). — Œuvres, Bordeaux, 1703, t I.
Covillard. — Le mariage considéré comme contrat civil dans l'histoire du droit français, thèse, Paris, 1899, 1 vol.
Daniel (Le P.). — Le mariage chrétien et le Code Napoléon. Paris, 1870, 1 vol.
Debidour. — Histoire des rapports de l'Eglise et de l'Etat en France de 1789 à 1870. Paris, 1898, 1 vol.
De l'autorité du clergé et du pouvoir du magistrat politique sur l'exercice des fonctions du ministère ecclésiastique. Amsterdam, 1766, 2 vol. (Ouvrage attribué à Richer).
Denisart. — Collection des décisions nouvelles, 7e édit., Paris, 1771, 4 vol.
Desforges. — Etude historique sur la formation du mariage, thèse, Paris, 1887, 1 vol.
Desjardins (Alb.). — Le pouvoir civil au Concile de Trente, Paris, 1869, 1 broch.
Duguit. — Etude historique sur le rapt de séduction. Nouvelle revue historique du droit, 1886, p. 587 et s.
Dumoulin. — Conseil sur le fait du Concile de Trente. Œuvres, Paris, 1681, t. V, p. 347 et s.
Duperray. — Traité des dispenses de mariage, Paris, 1759, 1 vol.
Dupin. — Manuel de droit public ecclésiastique. Paris, 1844, 1 vol.
Duplessis. — Œuvres, 5e édit. Paris, 1754, 2 vol.
Durand de Maillane. — Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale, 3e édit., Lyon, 1776, 5 vol.
Duverger. — Observations sur le mémoire de M. Batbie. Revue critique, t. 28, p. 308 et s., t. 30, p. 128 et s., 322 et s.

Esmein. — Le mariage en droit canonique, Paris, 1891, 2 vol.
Examen du pouvoir législatif de l'Eglise sur le mariage. Paris, 1817, 1 vol. (Ouvrage attribué à l'abbé Boyer).
Fenet. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Paris, 1836, t. 1 à 5 et t. 9.
Fevret. — Traité de l'abus et du vrai sujet des appellations qualifiées de ce nom d'abus, 4e édit., Lyon, 1689, 2 vol.
Fisichella. — Chiesa e Stato nel matrimonio, Turin, 1899, 1 vol.
Fleury (Abbé). Institution au droit ecclésiastique. Nouvelle édition Boucher d'Argis, Paris, 1767, 2 vol.
Friedberg. — Das Recht der Eheschliessung in seiner geschichtlichen Entwickelung. Leipzig, 1865, 1 vol.
Friedberg. — Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts, 3e édit., Leipzig, 1889, 1 vol.
Gairal. — Le mariage civil et le mariage religieux. Revue catholique des institutions et du droit 1875, 1er sem., p. 129 et s., 2e sem., p. 129 et s. ; 1877, 2e sem., p. 281 et s. ; 1880, 1er sem., p. 259 et s.
Galesius. Ecclesiastica in matrimonium potestas, Rome, 1676, 1 vol.
Gasparri. — Tractatus canonicus de matrimonio, Paris, 1891, 2 vol.
Gerbais. — Traité du pouvoir de l'Eglise et des princes sur les empêchements du mariage avec la pratique des empêchements qui subsistent aujourd'hui, 2e édit., Paris, 1696, 1 vol.
Gibert. — Institutions ecclésiastiques et bénéficiales, 2e édit., Paris, 1736, 2 vol.
Glasson. — Du consentement des époux au mariage, Paris, 1866, 1 vol.
Glasson. — Le mariage civil et le divorce, 2e édit., Paris, 1880, 1 vol.
Glasson. — Le mariage de Gaston d'Orléans avec Marguerite de Lorraine, Paris, 1896, 1 broch.
Glasson. — Origines du mariage civil. Compte rendu des séances de l'Académie des sciences morales et politiques, janvier 1900.
Héricourt. — Lois ecclésiastiques, nouvelle édition, Paris, 1771, 1 vol.
Horoy. Traité du mariage, Paris, 1886, 1 vol.

Huc. — Mémoire sur le Code civil italien mis en regard du Code Napoléon. Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, 1865, t. XIV, p. 371 et s.

Huc. — Revue critique, t. XXX, p. 346 et s.

In librum magistri Joannis Launoii theologi Parisiensis qui inscribitur Regia in matrimonium potestas, observationes. 1678, 1 vol. (Ouvrage attribué à L'Huillier).

Journal des audiences, Paris, 1751-1754, 7 vol.

Launoy. — Regia in matrimonium potestas, Paris, 1674, 1 vol.

Lavisse et Rambaud. — Histoire générale, t. V à IX (En particulier les chapitres sur l'histoire de l'Eglise et sur la législation civile, par M. Chénon).

Lefebvre. — Leçons d'introduction à l'histoire du droit matrimonial français, Paris, 1900, 1 vol. paru.

Le Prestre. — Questions notables de droit décidées par plusieurs arrêts de la Cour de Parlement, avec un traité des mariages clandestins, Paris, 1679, 1 vol.

Le Ridant. — Examen de deux questions importantes sur le mariage, 1753, 1 vol.

Le Vayer de Boutigny. — Traité de l'autorité des rois touchant l'administration de l'Eglise, Londres, 1753, 1 vol.

Locré. — Législation de la France, Paris, 1827, t. IV et V.

Lorry. — Essai de dissertation ou recherches sur le mariage en sa qualité de contrat et de sacrement, Paris, 1760, 1 vol.

Louet. — Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement de Paris, nouvelle édition, Paris, 1742, 2 vol.

Malesherbes. — Mémoire sur le mariage des protestants, fait en 1785.

Malesherbes. — Second mémoire sur le mariage des protestants, Londres, 1787.

Mavidal et Laurent. — Archives parlementaires, 1re série (1787-1800), Paris, 1867-1899, 56 vol.

Merlin. — Répertoire de jurisprudence, Bruxelles, 1825-1828, 36 vol.

Notes sur le Concile de Trente, avec une dissertation sur la réception et l'autorité de ce Concile en France. Cologne, 1706, 1 vol. (Ouvrage attribué à Rassicod).

Opuscules divers tirés des mémoires de Loisel avec quelques ouvrages de... Pierre Pithou, Paris, 1656, 1 vol.

PALLAVICINO. — Istoria del Concilio di Trento, Rome, 1664, 3 vol.

PAOLI (Abbé). Etude sur les origines et sur la nature du mariage civil mis en regard de la doctrine catholique, Paris, 1890, 1 vol.

PASQUIER (Etienne). Œuvres. Amsterdam, 1723, 2 vol.

PORTALIS. — Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil, publiés par le vicomte Frédéric Portalis, Paris, 1844, 1 vol.

PORTALIS. — Discours, rapports et travaux inédits sur le Concordat de 1801, publiés par le vicomte Frédéric Portalis, Paris, 1845, 2 vol.

POTHIER. — Du contrat de mariage.

Procès verbal de l'assemblée générale du Clergé de France tenue à Paris en 1785, Paris, 1789, 1 vol.

Rapports sur le mariage faits au quatrième Congrès des jurisconsultes catholiques tenu à Angers les 1er et 2 octobre 1879. Revue catholique des institutions et du droit, 1879, 2e sem. p. 316 et s.

RAVELET. — Du mariage religieux et du mariage civil. Revue du monde catholique, janvier et février 1870, p. 161 et s., p. 649 et s.

Recueil des actes, titres et mémoires concernant les affaires du Clergé de France... mis en nouvel ordre suivant la délibération de l'assemblée générale du Clergé du 29 avril 1705. Paris, 1768-1771, 14 vol.

ROBINET. — Le mouvement religieux à Paris pendant la Révolution (juillet 1789, septembre 1793). Paris, 1896-1898, 2 vol.

ROUSSEAUD DE LACOMBE (Guy du). Recueil de jurisprudence civile des pays de droit écrit et coutumier, 4e édit , Paris, 1769, 1 vol.

RULHIÈRE. — Eclaircissements historiques sur les causes de la révocation de l'Edit de Nantes et sur l'état des protestants en France depuis le commencement du règne de Louis XIV jusqu'à nos jours, 1788, 1 vol.

SAGNAC. — La législation civile de la Révolution française, Paris, 1898, 1 vol.

SANCHEZ. — Dissertationum de sancto matrimonii sacramento tomi tres, Anvers, 1652, 1 vol.

SARPI (Fra Paolo). — Histoire du Concile de Trente. Traduction de la Mothe Josseval, Amsterdam, 1683, 1 vol.

SAUZET. — Réflexions sur le mariage civil et le mariage religieux en France et en Italie, Lyon, 1853, 1 broch.

SOEFVE. — Nouveau recueil de plusieurs questions notables jugées par arrêts du Parlement de Paris, Paris, 1682, 2 vol.

SOREL. — L'Europe et la Révolution, Paris, 1897, t. I et II.

TABARAUD. — Principes sur la distinction du contrat et du sacrement de mariage, nouvelle édition, Paris, 1825, 1 vol.

THEINER. — Acta genuina Concilii Tridentini, Zagrabiæ, 1874, 2 vol.

THEINER. — Documents inédits relatifs aux affaires religieuses de la France de 1790 à 1800, extraits des archives secrètes du Vatican, Paris, 1857, 1858, 2 vol.

THÉZARD. — Le mariage civil. Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence, 1877, p. 480 et s., 553 et s.

THOLOSAIN. — Réponse au conseil de Dumoulin. Œuvres de Dumoulin, Paris, 1681, t. V, p. 397 et s.

Traité des empêchements au mariage, où l'on fait voir que le droit qu'ont les rois et les princes d'en établir à l'égard de leurs sujets n'a pu leur être ôté par violence ou par piété : par un professeur en théologie, Cologne, 1691, 1 vol. (Ouvrage attribué à Jacques Boileau).

TURGOT. — Le Conciliateur. Collection des économistes : œuvres de Turgot, Paris, 1844, t. II.

VIOLET. — Histoire du droit civil français, Paris, 1893, 1 vol.

WALTER. — Manuel du droit ecclésiastique. Traduction de Roquemont, Paris, 1840, 1 vol.

LAVAL. — Imprimerie parisienne, L. BARNÉOUD & Cie.


3 2044 017 970 542

